

Beviskrav i oppsigelse - og avskjedssaker ved straffbare og psykososiale forhold

Kandidatnummer: 376

Veileder: Nina Kroken

Leveringsfrist: 25.11.2006

Til sammen 17 906 ord

Innholdsfortegnelse

| | | |
|-----------------|---|------------------|
| <u>1</u> | <u>INNLEDNING</u> | <u>5</u> |
| 1.1 | Problemstilling | 5 |
| 1.2 | Metode | 7 |
| 1.3 | Den videre fremstilling | 8 |
| 1.4 | Begrepene bevisbyrde og beviskrav | 8 |
| 1.5 | Avgrensninger | 9 |
| <u>2</u> | <u>BEVISBYRDE/BEVISKRAV I SAKER OM AVSKJED OG OPPSIGELSE PÅ GRUNN AV ARBEIDSTAKERENS FORHOLD</u> | <u>10</u> |
| 2.1 | Beviskrav i sivile saker | 10 |
| 2.2 | Beviskrav i arbeidsrettssaker | 12 |
| 2.2.1 | Kort om beviskravet i strafferetten | 12 |
| 2.3 | Unntak fra overvektprinsippet i sivile saker | 13 |
| 2.3.1 | Omvendt bevisbyrde | 13 |
| 2.3.2 | Delt bevisbyrde | 14 |
| 2.3.3 | Kvalifisert sannsynlighetsovervekt | 14 |
| 2.3.4 | Oppsigelses- og avskjedssaker | 15 |
| <u>3</u> | <u>BEVISBYRDE OG BEVISKRAV VED OPPSIGELSE OG AVSKJED PÅ GRUNN AV STRAFFBARE FORHOLD</u> | <u>16</u> |
| 3.1 | Lov | 16 |
| 3.2 | Rettspraksis | 16 |
| 3.2.1 | Hansa -dommen | 17 |

| | | |
|------------|---|-----------|
| 3.2.2 | Kantinedommen | 22 |
| 3.2.3 | Seilforeningsdommen | 24 |
| 3.2.4 | Posten – dommen | 25 |
| 3.2.5 | Oppsummering | 28 |
| 3.3 | Juridisk teori | 29 |
| 3.4 | Bør det oppstilles krav om kvalifisert sannsynlighetsovervekt i oppsigelse – og avskjedssaker der opphørsgrunnlaget er straffbare forhold? | 31 |
| 3.4.1 | Forsikringssaker | 34 |
| 3.4.2 | Oppsummering | 36 |
| 3.4.3 | Erstatningssaker på grunnlag av straffbare forhold | 37 |
| 3.5 | Oppsummering | 39 |
| 4 | <u>BEVISBYRDE/BEVISKRAV DER OPPHØRSGRUNNLAGET ER PSYKOSOSIALE FORHOLD</u> | 39 |
| 4.1 | Psykososiale arbeidsforhold. | 40 |
| 4.2 | Kompleksiteten i saksforholdet | 40 |
| 4.3 | Bakgrunn | 40 |
| 4.4 | Bevisbyrde og beviskrav på det psykososiale området | 42 |
| 4.4.1 | Særskilte områder hvor det er innført delt bevisbyrde | 42 |
| 4.4.2 | Bakgrunn | 42 |
| 4.4.3 | Effektiv håndheving av reglene | 43 |
| 4.4.4 | Styrkeforholdet mellom partene | 44 |
| 4.4.5 | Diskrimineringsrunnlag etter arbeidsmiljøloven | 44 |
| 4.4.6 | Diskrimineringsgrunnlag etter diskrimineringsloven. | 46 |
| 4.4.7 | Diskrimineringsgrunnlag etter likestillingsloven. | 46 |
| 4.4.8 | Oppsummering | 47 |
| 4.4.9 | Forbud mot gjengjeldelse som følge av varsling i aml.§2-4 | 47 |
| 4.5 | Bevisbyrdekrav på det psykososiale området utenfor de lovfestede tilfeller. | 49 |
| 4.5.1 | Rettspraksis | 50 |

| | | |
|-----------------|---|------------------|
| 4.5.2 | Peppes-dommen | 51 |
| 4.5.3 | Oppsummering | 53 |
| 4.5.4 | Formålsbetraktninger | 53 |
| 4.5.5 | Særlig om avskjedssaker | 54 |
| 4.5.6 | Juridisk teori | 54 |
| 4.5.7 | Prinsipper i sivilretten | 55 |
| 4.5.8 | Kantinedommen | 56 |
| 4.5.9 | Oppsummering | 57 |
| 4.6 | Hvilke beviskrav bør det være i oppsigelses- og avskjedssaker begrunnet i arbeidstakers forhold på det psykososiale området. | 58 |
| 4.6.1 | Kvalifisert sannsynlighetsovervekt og omvendt bevisbyrde. | 58 |
| 4.6.2 | Kvalifisert sannsynlighetsovervekt og overvektsprinsippet. | 61 |
| 4.6.3 | Oppsummering | 62 |
| 4.6.4 | Kvalifisert sannsynlighetsovervekt og delt bevisbyrde. | 62 |
| 4.7 | Delt bevisbyrde i oppsigelses - og avskjedssaker basert på psykososiale forhold? | 63 |
| 4.7.1 | Oppsummering | 67 |
| <u>5</u> | <u>ETTERFØLGENDE BEMERKNINGER</u> | <u>68</u> |
| <u>6</u> | <u>LITTERATURLISTE</u> | <u>69</u> |

1 Innledning

1.1 Problemstilling

I denne oppgaven vil jeg se på hvilke bevisbyrde og bevisbyrdekrav som gjelder i oppsigelse og avskjedssaker begrunnet i arbeidstakers forhold, nærmere bestemt der opphørsgrunnlaget er straffbare forhold og psykososiale forhold.

Området er arbeidsrett, og lov av 17. juni 2005 nr 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern, heretter kalt aml, vil være sentral i fremstillingen.

Oppsigelse - og avskjedssaker preges ofte av tvil vedrørende faktum, og ord står ofte mot ord. Prinsippene om bevisbyrde kan være med på å påvirke hvor langt oppsigelsesvernet rekker, selv om slike spørsmål sjeldent kommer på spissen i praksis.¹ Bevisbyrdereglene vil ikke få direkte betydning på de materielle reglene. Likevel kan bevisbyrden og beviskravet medføre at et spesielt faktum legges til grunn slik at en part vil ha større mulighet til å vinne frem.

En arbeidsavtale er en kontrakt mellom arbeidstaker og arbeidsgiver der arbeidstakeren stiller sin arbeidskraft til disposisjon for arbeidsgiveren, som regel mot et nærmere avtalt vederlag, slik at kontrakten er gjensidig bebyrdende.² Som ellers i kontraktsretten er det opp til partene når de vil avslutte avtaleforholdet, så lenge fristene i arbeidsmiljøloven er oppfylt. Opphør av arbeidsforhold kan skje både regulært og irregulært. Vanligvis avsluttes arbeidsforholdet på naturlig vis, etter den gjeldende avtalen mellom partene.

¹ Fanebust(2001) s.307

² Jakhell(2006) s.23

Denne oppgaven vil dreie seg om irregulære avslutninger av arbeidsforholdet, der en arbeidstaker sies opp eller avskjediges på grunn av påståtte forhold på arbeidstakerens side, enten fordi han har gjort noe straffbart eller der den reelle årsaken er psykososiale forhold. Det er skranker i lovgivningen for å si opp og avskjedige arbeidstakere. Oppsigelsen skal være saklig og avskjeden er avhengig av et vesentlig kontraktsbrudd fra arbeidstakerens side, jf §§15-7,15-14. Reglene er ufravikelige, begrunnet i at man skal beskytte arbeidstakeren som den presumtivt svakere part. Reglene kan kun fravikes til gunst for arbeidstakeren, jf aml.§1-9.

Det gjør seg særlige hensyn gjeldende når et arbeidsforhold avsluttes på irregulært vis, som ved avskjed og oppsigelse. Arbeidsmiljøloven oppstiller et stillingsvern for arbeidstakeren, begrunnet i at arbeidsmiljøloven skal ”*trygge ansettelsesforhold*”, jf §1-1b). Arbeidsrett er således spesiell kontraktsrett der stillingsvernsreglene kommer inn som en begrensning på avtalefriheten mellom partene.

Oppsigelse og avskjedssaker er sivile saker. I utgangspunktet gjelder de alminnelige sivilrettslige regler. Når det gjelder bevisbyrdekrav vil overvektsprinsippet være hovedregelen. Dette er ikke mer enn et utgangspunkt, og problemstillingen er om man i opphørssaker på grunn av straffbare og psykososiale forhold, kan oppstille unntak fra prinsippet, på grunn av de særlige hensyn som gjør seg gjeldende i sakene.

Opphørssaker som vedrører straffbare og psykososiale forhold er av forskjellig karakter. Ved straffbare forhold vil spørsmålet være om man skal skjerpe beviskravet på grunn av likheten med straffesaker. Der psykososiale forhold er opphørsgrunn er sakene komplekse, og årsaksforholdet er ofte vanskelig. Det kan være at arbeidstakeren har brutt arbeidsavtalen på grunn av samarbeidsproblemer og lignende. Men det kan også bestå i at oppsigelsen eller avskjeden er reelt begrunnet i annet enn det som er anført, som mobbing og trakassering. Årsaken kan være at arbeidsgiver har brutt sine plikter til å ivareta et forsvarlig arbeidsmiljø, jf aml. §§ 4-1,4-3. Spørsmål som reiser seg er hvordan

arbeidstakeren skal få bevist dette, og hvilken bevisbyrderregel som ivaretar denne muligheten best.

Bevisregler er noe problematisk i en større rettsfilosofisk sammenheng, ved at de er lite håndfaste og utilgjengelige. Enkelte teoretikere anvender prosenttall og tallskalaer som hjelpestørrelser som hjelpestørrelser for tanken, men ofte vil bevisregler bare være en slags intuisjon og en holdning til faktum.

Bevisbyrdeproblematikken på arbeidsrettens område reiser særegne spørsmål. Arbeidsrettssaker preges i stor grad av et menneskelig aspekt. En avskjed eller oppsigelse vil ofte ramme arbeidstakeren hardt, personlig og økonomisk. På den annen side har arbeidsgiver en interesse i å drive virksomheten på en forsvarlig måte. Når man vurderer hvilke bevisbyrderregler som gjelder og bør gjelde i disse sakene, blir det nødvendig å legge vekt på disse kryssende hensyn. Det vil være et siktemål med denne oppgaven å drøfte hvordan både arbeidsgivers og arbeidstakers interesser ivaretas i spørsmålet om hvilke bevisbyrdekrav som gjelder, og bør gjelde, på området.

1.2 Metode

Det eksisterer få lovbestemmelser på feltet, og lite rettspraksis. Den underrettspraksis jeg har behandlet er ikke alltid klare i sine uttalelser. Dette medfører at denne oppgaven i stor grad vil være preget av rettskildefaktoren reelle hensyn.

At det ikke eksisterer høyesterettspraksis som eksplisitt tar stilling til bevisbyrdekravene i disse sakene, har trolig ført til at jeg har tillagt lagmannsrettsdommer større vekt enn vanlig etter ordinær metodelære. Etter metodelæren er vekt av underrettspraksis omstridt. I opphørssaker vedrørende straffbare forhold foreligger det imidlertid en del underrettspraksis som eksplisitt tar stilling til bevisbyrdekravet. Massivitet er et argument for å tillegge underrettspraksis større vekt.³ På områder der det sjeldent påankes videre kan

³ Boe(1996) s. 188

imidlertid lavere domstoler bli bestemmende for rettsstilstanden innenfor feltet.⁴ Trolig vil vekten av en rettskildefaktor i stor grad bero på det rettskildematerialet en ellers har.⁵ Det er ingenting som tyder på at det ikke skal gjelde på arbeidsrettens område.

1.3 Den videre fremstilling

I den følgende fremstilling vil jeg i kapittel 2 behandle hvilke beviskrav som gjelder generelt i sivilretten og på arbeidsrettens område. I kapittel 3 vil jeg se hvilke bevisbyrdekrav som gjelder i opphørssaker grunnet straffbare forhold. I kapittel 4 vil jeg se på hvilke bevisbyrdekrav som gjelder der grunnlaget er psykososiale forhold. I forhold til begge sakstypene vil jeg vurdere om det er en god regel å ha på disse områdene. Først vil jeg imidlertid se på hva som menes med begrepene bevisbyrde og beviskrav.

1.4 Begrepene bevisbyrde og beviskrav

Begrepet ”bevisbyrde” peker på hvordan man løser en rettslig tvist hvor det ikke foreligger et klart faktum. Ved bevisbyrderegler forsøker man å avgjøre hvem av partene som skal ha risikoen for dette, også kalt tvilsrisiko⁶. Begrepet ”bevisbyrde” er etter juridisk litteratur⁷ en betegnelse på hvilke krav som oppstilles til bevisets styrke for at et påstått faktum skal legges til grunn. I enkelte tilfeller benyttes ordet bevisbyrde for å angi kravet til bevisets styrke, andre ganger for å angi hvem av partene som må fremlegge bevis for sin påstand - bevisføringsplikten.⁸ Enkelte teoretikere bruker begrepet ”bevisbyrde” synonymt med begrepet ”beviskrav”.⁹ I denne oppgaven vil jeg benytte begrepene i samsvar med juridisk teori. Der det er mulig vil jeg imidlertid forsøke å skille mellom situasjoner der man har bevisbyrden - bevisføringsplikten, og hvilket beviskrav man krever, det vil si bevisstyrken.

⁴ Eckhoff(2000) s. 162

⁵ Hagstrøm,(2002) s.56

⁶ Eckhoff (1943) s.64

⁷ Augdah l(1961) s.101, Hov (1999) s. 261, Skoghøy(2001) s. 673.

⁸ Strandbakken(2003) s.49

⁹ Strandbakken(2003) s. 52

1.5 Avgrensninger

Oppgavens problemstilling vil gjelde oppsigelse og avskjed basert på arbeidstakers forhold. Oppsigelse og avskjed på grunn av virksomhetens/arbeidsgivers forhold faller således utenfor oppgavens tema.

Bevisbyrderegler er av prosessuell art. Etter aml.§15-7 kan en arbeidstaker sies opp dersom det forligger ”saklig grunn”. Etter aml.§15-14 kan en arbeidstaker avskjediges dersom han/hun har gjort seg skyldig i ”vesentlig mislighold” av arbeidsavtalen. De materielle vurderinger som skal foretas etter disse rettslige standarder faller utenfor oppgavens problemstilling.

Arbeidsmiljøloven har regler om saksbehandling og formkrav, jf §§15-1,15-4. Brudd på reglene kan medføre at oppsigelsen/avskjeden settes til side på grunn av sviktende grunnlag. Reglene kan derfor ha indirekte betydning for bevisbyrdekravet. Selv om reglene er praktisk viktige, anser jeg dem for å falle utenfor problemstillingen i oppgaven fordi de ikke har direkte betydning for hvilke bevisbyrdekrav som gjelder i disse sakene.

Etter rettspraksis¹⁰ vedrørende skadeerstatningsloven §2-1 kan arbeidsgiver bli erstatningsansvarlig for mobbing på arbeidsplassen. Selv om utfallet av mobbingen blir oppsigelse eller avskjed, har ikke avgjørelsene eksplisitt uttalelser om beviskravet i disse sakene. Av den grunn anser jeg rettspraksis angående skl.§2-1 å falle utenfor oppgaven.

Oppgaven dreier seg om arbeidsforhold etter arbeidsmiljøloven. Reglene i tjenestemannsloven¹¹ og forvaltningsloven¹² behandler jeg ikke.

¹⁰ Rt-1997-786

¹¹ Lov 1983-03-04 nr. 3

¹² Lov 1967-02-10 nr.10

2 Bevisbyrde/beviskrav i saker om avskjed og oppsigelse på grunn av arbeidstakerens forhold

I stillingsvernssaker der opphørsgrunnlaget er begrunnet i arbeidstakers forhold, vil det lett oppstå en situasjon der ord står mot ord vedrørende faktum i saken. Konflikten vil ofte dreie seg om hva som skal ansees bevist. Domstolen må likevel som alltid ta stilling til hvem av partenes forklaring som skal legges til grunn. Det skjer via en gjennomgang av bevisene i saken. Domstolen kan ikke avvise en sak, fordi den ikke klarer å ta stilling, eller fordi den ikke finner noe som helst bevist. Det har utviklet seg normer for hvordan domstolene skal håndtere tvilsomme faktiske spørsmål. Disse normene er ofte ikke skrevne regler, og det avgjørende vil ofte være en slags intuisjon eller magefølelse.¹³

Spørsmål som reises, er hvem av partene som skal ha bevisbyrden og hvilken sannsynlighetsgrad man skal kreve. For parter i arbeidsrettssaker er det viktig å kjenne til bevisreglene, og hvordan domstolene resonnerer når det gjelder bevis. Reglene kan for eksempel føre til at den ansatte som går til sak ikke har mulighet til å vinne frem.¹⁴ Dette bør man få kjennskap til før man tar på seg kostnadene ved en rettssak. Særlig i sivile saker er dette sentralt, da hovedregelen er at den tapende part må dekke motpartens saksomkostninger, jf tvml.§172

2.1 Beviskrav i sivile saker

Hovedregelen i sivile saker er at sannsynlighetsovervekt er tilstrekkelig for å vinne frem. Dette kalles overvektsprinsippet.¹⁵ Teoretisk sier man at 51 % sannsynlighet er tilstrekkelig for at retten skal legge et faktum til grunn for sin avgjørelse. Begrunnelsen for prinsippet, er at partene i sivile saker er kontrære¹⁶ Det vil si at partenes interesser er motstridende, og at det vil være en belastning for saksøkeren hvis saksøkte blir frifunnet.

¹³ Arbeidslivets spilleregler(2002) s.213

¹⁴ Arbeidslivets spilleregler(2002). s.213

¹⁵ Rt-1992-64

¹⁶ Skoghøy(2000) s. 675

I sivilretten har man lagt til grunn at overvektsprinsippet på lang sikt vil gi flest materielt riktige dommer.¹⁷ Det er også begrunnet i hensynet til å likestille partene. Dersom man skulle operere med et strengere beviskrav ville man begunstige den ene part på den andres bekostning¹⁸

At overvektsprinsippet på lang sikt vil gi flest materielt riktige dommer er ikke ansett for å være like selvsagt i dansk og svensk rett. Der eksisterer det ikke en hovedregel om sannsynlighetsovervekt. Det er hevdet å ikke passe for alle tilfeller, og at det ikke er mulig å oppstille en regel som gir et materielt riktig resultat i alle situasjoner. Det er også vist til at overvektsprinsippet er uegnet i situasjoner der en uriktig avgjørelse har vesentlig større skadevirkninger i den ene retning enn i den andre retning. Det hevdes således at man ikke når formålet med de materielle regler ved alltid å følge overvektsprinsippet¹⁹

Synspunktet om at overvektsprinsippet er uegnet der en uriktig avgjørelse har større skadevirkninger for den ene part, sammenfaller med de begrunnelser man har for oppstille unntak fra overvektsprinsippet i norsk rett.²⁰ I norsk rett brukes argumentet således til å oppstille unntak, mens det i dansk og svensk rett begrunner hovedregelen. Da hovedregelen i utenlandsk rett og unntakene i norsk rett er begrunnet i de samme hensyn er det ikke sikkert at beviskravet i realiteten er så forskjellig. At det eksisterer en del unntak fra overvektsprinsippet i norsk rett støtter opp om dette.

¹⁷ Skoghøy(2001) s. 675

¹⁸ Strandbakken(2003)s.599

¹⁹ Ekelôf(1992) s. 105, Gomard(2000) s. 502

²⁰ Skoghøy(2001) s.684

2.2 Beviskrav i arbeidsrettssaker

Utgangspunktet er at det er arbeidsgiver som har bevisbyrden for at det foreligger tilstrekkelig faktisk grunnlag for å gi en oppsigelse eller avskjed. Høyesterett uttaler i Rt.2001 s. 956 at *”det er arbeidsgiveren som har bevisbyrden for de faktiske forhold som avskjeden bygger på”* Se også Rt.1959 s 900. Saken gjaldt gyldigheten av en oppsigelse på grunn av en arbeidstakers ekstraarbeid hos en annen arbeidsgiver. Høyesterett uttalte i denne saken at *”Når verkstedet uten nærmere undersøkelser har gått ut fra feilaktige forutsetninger, så må arbeidsgiver selv ta risikoen for dette”* Årsaken til at arbeidsgiver har bevisbyrden, er for det første at det er de som sier opp eller avskjediger arbeidstakeren. For det andre har arbeidsgiver flest ressurser og muligheter til å fremskaffe opplysninger om faktum.²¹ Arbeidsgiveren er normalt også den nærmeste til å sikre bevis den gang det var mulig; på oppsigelsespunktet.

Utgangspunktet om at arbeidsgiver har bevisbyrden for sviktende faktisk grunnlag modifiseres i enkelte tilfeller. Dette gjelder for eksempel der arbeidsgiver har forsøkt å klarlegge de faktiske omstendigheter, og arbeidstaker ikke har opplyst arbeidsgiver om de årsaker som gjør at kontraktsbruddet likevel er rettmessig. Et eksempel er at arbeidstakere som er fraværende fra arbeidet, selv må dokumentere hva som gjør fraværet berettiget²² Arbeidstaker har således en medvikningsplikt slik at arbeidsgiver kan få oppklart saken på en best mulig måte.

2.2.1 Kort om beviskravet i strafferetten

Selv om oppgaven vil dreie seg om bevisbyrdekrav i sivilretten anser jeg det nødvendig å si noe om beviskravet i strafferetten. Årsaken er at beviskravet i opphørssaker begrunnet i straffbare forhold kan bli skjerpet på grunn av likheten med straffesaker.

²¹ Skoghøy(2001) s.688

²² Fanebust(2001) s.83

I strafferetten eksisterer det et strengt beviskrav for at alle straffbarhetsbetingelsene foreligger. Man går ut fra at man nærmest skal være helt sikker på at tiltalte har utført den straffbare handlingen for å kunne dømme vedkommende. Dette formuleres gjerne som at enhver rimelig tvil skal komme tiltalte til gode, også kalt uskyldspresumsjonen. Prinsippet har vært ulovfestet, men er blitt lovfestet ved inkorporeringen av menneskerettighetene i norsk lovgivning jf menneskerettsloven.²³ Prinsippet er en av våre viktigste rettssikkerhetsgarantier.

Hensynet bak det strenge beviskravet i straffesaker er å unngå inngrep i individers liv ved uriktige dommer, og at folk flest skal ha tillitt til rettsvesenet

2.3 Unntak fra overvektsprinsippet i sivile saker

Det finnes både lovfestede og ulovfestede unntak fra overvektsprinsippet. Jeg vil i det følgende se på noen av disse unntakene. De kan gi veiledning for hvilke beviskrav som gjelder, og bør gjelde, i oppsigelse og avskjedssaker på områdene jeg skal behandle.

2.3.1 Omvendt bevisbyrde

Omvendt bevisbyrde er et unntak fra overvektsprinsippet. Det er innført omvendt bevisbyrde i aml. §§15-8(2), 15-9(1) og 15-10(2). Reglene gjelder oppsigelse ved sykdom, svangerskap, etter fødsel eller adopsjon, og ved militærtjeneste.

Ved omvendt bevisbyrde slår man fast at oppsigelsen skal skyldes disse tilfellene dersom ikke noe annet gjøres overveiende sannsynlig fra arbeidsgiver side. Omvendt bevisbyrde er begrunnet i arbeidstakers behov for særskilt vern. Arbeidsgiver får en ekstra bevisbyrde. Isolert sett tilsier lovens ordlyd at det skal være nok for arbeidsgiver å motbevise påstandene med vanlig sannsynlighetsovervekt. I følge forarbeidene²⁴ er det imidlertid et

²³ Lov 1999-05-21 nr. 30

²⁴ Ot.prp. nr 41(1975-76) s. 76

krav om sterkere grad av sannsynlighet enn det som følger av overvektsprinsippet. En arbeidstaker som er fraværende på grunn av sykdom når oppsigelsen mottas vil gjennomgående ha større vanskeligheter på arbeidsmarkedet enn andre. Et godt stillingsvern for arbeidstakere som for eksempel er syke kan derfor være et viktig virkemiddel for å forhindre utstøting fra arbeidslivet.²⁵

2.3.2 Delt bevisbyrde

Når man opererer med delt bevisbyrde inntre bevisføringsplikten for arbeidsgiver på et tidligere stadium enn ellers. I diskrimineringslovgivningen har man innført delt bevisbyrde i likestl.§16, diskrl.§10 og aml.§13-8. Bevisbyrden går over på arbeidsgiver hvis arbeidstaker fremlegger opplysninger som gir grunn til å tro at det har funnet sted diskriminering. Dersom arbeidstaker klarer det, må arbeidsgiver sannsynliggjøre med vanlig sannsynlighetsovervekt at det ikke er tilfellet. Arbeidsgiver får således tvilsrisikoen.

Begrunnelsen for å ha en delt bevisbyrde i saker som gjelder diskriminering er saksøkers vanskeligheter med å nå frem i slike saker. Det begrunnes i styrkeforholdet mellom partene i arbeidslivet, hensynet til en effektiv håndheving, og at saksøker skal få adgang til en reell prøving av saken. Jeg vil se mer på disse reglene i kapittel 4.

.

2.3.3 Kvalifisert sannsynlighetsovervekt

Når man krever kvalifisert sannsynlighetsovervekt skjerper man beviskravet i forhold til hva som følger av overvektsprinsippet. Det skal mer til for å bevise et faktum. Det er ikke mulig å oppstille et eksakt prosenttall for hvilken bevisstyrke som menes med kvalifisert sannsynlighetsovervekt. I følge Skoghøy²⁶ ligger kravet et sted mellom vanlig sannsynlighetsovervekt og beviskravet i strafferetten. Man kan kanskje si at det ligger et sted mellom 70 og 80 % sannsynlighet, men det er en antagelse og kun en hjelpestørrelse

²⁵ Ot.prp. nr 49 s.231

²⁶ Skoghøy(2001) s. 674

for tanken. Det er ingen bestemmelse på arbeidsrettens område som oppstiller krav til kvalifisert sannsynlighetsovervekt, men det er lagt til grunn flere steder i rettspraksis.²⁷

I rettspraksis anvender man begrepene kvalifisert eller klar sannsynlighetsovervekt når man skjerper beviskravet. Jeg har ikke funnet i teorien at det er noen innholdsforskjell på begrepene kvalifisert og klar sannsynlighetsovervekt, og jeg legger dermed til grunn at man med begrepene mener den samme bevisstyrken.²⁸

2.3.4 Oppsigelses- og avskjedssaker

I det følgende vil jeg vurdere hvilke av de nevnte bevisbyrdereglene som kan tenkes å gjelde i saker hvor arbeidstaker blir sagt opp eller avskjediget, på grunn av straffbare og psykososiale forhold.

Det finnes imidlertid mange andre grunner til at en arbeidstaker kan bli sagt opp eller avskjediget. Eksempler er biarbeid, rusproblemer og brudd på lojalitetsplikten. Det er ikke mulig for meg å se på alle disse opphørsgrunnlagene, og det er heller ikke intensjonen med oppgaven. Hensikten er å se hvordan beviskravene er, og bør være, i enkelte tilfeller. At disse to typetilfellene er forskjellige vil trolig vise et spekteret av de hensyn som gjør seg gjeldende når man vurderer beviskrav i oppsigelses- og avskjedssaker.

²⁷ LG-2001-696, LB-2003-14796

²⁸ Skoghøy(2001) s.685

3 Bevisbyrde og beviskrav ved oppsigelse og avskjed på grunn av straffbare forhold

Problemstillingen er hvilke bevisbyrde og beviskrav som gjelder i oppsigelses- og avskjedssaker der det er påstått at arbeidstakeren har utført straffbare handlinger. Det straffbare kan være tyveri, underslag fra bedriften, eller at arbeidstakeren har utført disse eller andre straffbare handlinger i arbeidstiden.

Spørsmål som reises i disse sakene er hvorvidt det har innvirkning på beviskravet at det er påstått at arbeidstakeren har utført straffbare handlinger. Spørsmålet blir om det straffbare forhold medfører en økning av bevisstyrken. Dersom det kan oppstilles et skjerpet beviskrav blir spørsmålet om dette bare kan sies å gjelde for straffbare forhold, eller om det også kan sies å gjelde for liknende forhold.

Som nevnt vil det som ellers i sivilretten i oppsigelses- og avskjedssaker gjelde en hovedregel om vanlig sannsynlighetsovervekt.²⁹ Problemstillingen er om det kan oppstilles unntak fra denne hovedregelen i sakene, på grunn av likheten med straffesaker.

3.1 Lov

Det er ingen regler, verken i aml. eller i tvml, som sier noe om et særlig beviskrav i disse sakene. Problemstillingen blir således om det foreligger øvrige rettskilder som trekker i retning av å innføre unntak fra overvektsprinsippet i slike saker.

3.2 Rettspraksis

Straffbare forhold i et arbeidsforhold blir ofte ansett som så alvorlig at avskjed blir den nærliggende reaksjon. Derfor ser man ofte at det er avskjed, og ikke oppsigelse, som blir benyttet i saker. Der straffbare forhold forekommer utenfor tjenesten, blir imidlertid ofte oppsigelsessanskjonen benyttet. Men det er ingen regel som sier at det skal være slik.

²⁹Rt-1992-64

Mesteparten av den rettspraksis jeg skal behandle, blir i hovedsak avskjedssaker. En problemstilling som melder seg er om bevisbyrdekravet blir strengere der det blir benyttet avskjed i forhold til der det benyttes oppsigelse, fordi den rammer arbeidstakeren hardere.

Jeg har bare funnet underrettspraksis som eksplisitt tar stilling til beviskravet. Det medfører at vekten av dommene trolig ikke er den samme enn om det hadde foreligget høyesterettspraksis på feltet. Videre er det ikke alltid lett å trekke generelle slutninger ut av avgjørelsene. Der begrunnelsen er vid kan det imidlertid være grunn til å tro at en avgjørelse kan tenkes å gjelde for liknende tilfeller.

Med straffbare forhold sikter jeg til handlinger som er belagt med straff etter straffeloven³⁰. Det er imidlertid ikke et vilkår etter aml. at arbeidstakeren er straffet eller anmeldt for forholdet.

3.2.1 Hansa -dommen

LG-2001-696 gjaldt ansatte ved Hansa bryggerier som ble avskjediget på grunn av tyveri av øl fra bedriften. Varene ble kalt ”brekkasje/skrapøl,” og de ansatte hevdet at det var vanlig å ta med seg slike varer hjem. Retten kom til at dette var tyveri siden de ansatte også hadde tatt med seg ordinære varer. Retten vurderte om det kunne anses bevist at de ansatte hadde stjålet varer, og om det var i et slikt omfang at en avskjed var rettmessig etter den tidligere aml.§66 nr.1. Det var dissens hvorvidt de forskjellige ansatte hadde stjålet varene, men ikke i forhold til hvilke beviskrav som måtte gjelde.

Retten slo fast at det i slike saker måtte være et skjerpet beviskrav. Det ble begrunnet med bakgrunn i rettspraksis fra andre rettsfelt, underrettspraksis, juridisk teori og reelle hensyn. Retten viste til forsikringsretten, og at tilsvarende hensyn gjør seg gjeldende i arbeidsrettssaker. Dernest viste de til andre underrettsavgjørelser som oppstiller et skjerpet beviskrav. Retten viste videre til juridisk teori som Skoghøy, Fanebust og Dege.

³⁰Lov-1902-05-22 nr. 10

Vedrørende beviskravet uttalte retten at ”*Hansa vil ikke kunne sies å ha oppfylt sin bevisbyrde i relasjon til det påberopte avskjedsgrunnlag med mindre det etter en samlet vurdering kan anses godtgjort med kvalifisert eller klar sannsynlighetsovervekt at den enkelte ansatte har begått tyveri. I saker av denne karakter kreves altså mer enn alminnelig sannsynlighetsovervekt for at retten kan legge et slikt faktum til grunn.*”.

Det er usikkert hva retten mener med ”*saker av denne karakter.*” Problemstillingen er om retten kun mener oppsigelsessaker som skyldes straffbare forhold, eller om det også inkluderer andre alvorlige forhold. Spørsmålet er om avgjørelsen er konkret begrunnet til å bare gjelde saker der opphørsgrunnlaget er tyveri. Det er ikke klart hva retten mener her. De uttaler ikke eksplisitt at det straffbare forholdet i seg selv tilsier et skjerpet beviskrav. Men det er en formodentlig tolkning at den også må gjelde andre alvorlige eller klanderverdige forhold. Slik jeg ser det gjelder det uansett straffbare forhold siden dommen gjelder tyveri.

Synspunktet om at beviskravet også skal gjelde for klanderverdige forhold samsvarer med rettslig teori. Fanebust uttaler ikke at det må foreligge straffbare forhold for å skjerpe beviskravet, han anvender uttrykket klanderverdige forhold.³¹ Det kan både være straffbare forhold og andre forhold. Isolert sett henspeiler ordet ”klanderverdig” på at forholdet er alvorlig.

Begrunnelsen for å skjerpe beviskravet er at konsekvensene av en uriktig dom kan ramme arbeidstakeren hardt. Det kan anføres at det vil ramme en arbeidstaker hardt å bli avskjediget på grunn av klanderverdige forhold. Det vil kanskje være vanskelig å få seg nytt arbeid, fordi det ofte vil det blitt lagt stor vekt på en arbeidstakers forhold hos tidligere arbeidsgivere ved ansettelse. Kanskje mer enn om arbeidstakeren har en promilledom, trafikkbøter m.v. Når retten viser til denne teorien tolker jeg uttrykket til å ikke bare gjelde

³¹ Fanebust(2001)s.309

straffbare forhold, men også andre alvorlige forhold. Men eksplisitt sier dommen bare at beviskravet skal gjelde der arbeidstaker skal bli avskjediget på grunn av straffbare forhold, her tyveri.

Vedrørende den rettskildemessige begrunnelse for å skjerpe beviskravet uttaler retten at *”Noen rettsavgjørelse fra Høyesterett som uttrykkelig fastslår at det gjelder et beviskrav i avskjedssaker når avskjedsgrunnlaget er angitt å være straffbare forhold, foreligger ikke. Etter lagmannsrettens syn er det likevel på bakgrunn av relevant rettspraksis fra andre rettsfelt, underrettspraksis og juridisk teori grunnlag for å legge et slikt skjerpet beviskrav til grunn.* De viser da til de rettskildefaktorene som nevnt ovenfor.

Retten viser direkte til rettskildefaktoren reelle hensyn for å gjøre et unntak fra overvektsprinsippet. De uttaler at *”I tillegg taler reelle hensyn for at det bør oppstilles et kvalifisert beviskrav når arbeidsgiver påstår at den ansatte vesentlig har misligholdt arbeidsavtalen i en slik grad og på den måten saken her gjelder, og med den følge at arbeidsforholdet må avsluttes med øyeblikkelig virkning.”*

Det kan synes som retten legger vekt på at avskjed *i seg selv* er en svært alvorlig reaksjon som medfører en stor belastning for den som rammes, og at det er et argument i seg selv for å skjerpe beviskravet. I en avskjedssituasjon har man ikke en oppsigelsestid til å gjøre seg forberedt på en ny livssituasjon, som for eksempel å søke nytt arbeid. Dessuten vil man ikke få lønn ut en oppsigelsestid. Hvis man har økonomiske forpliktelser kan en avskjed få sterke personlige konsekvenser. Det kan nok være avhengig av livssituasjon, men for de aller fleste vil et tap av inntekt medføre en kritisk situasjon. Etter min mening taler rettens uttalelse på at det i avskjedstilfeller i hvert fall bør foreligge et skjerpet beviskrav. Retten sier ingenting om hvordan det stiller seg i oppsigelsessaker der belastningen for arbeidstaker kanskje ikke blir like stor.

Spørsmålet blir om man kan forstå avgjørelsen slik at den kun gjelder saker om avskjed, og at beviskravet i oppsigelsessaker ikke skal være skjerpet. En problemstilling som melder

seg er om tilsvarende hensyn gjør seg like sterkt gjeldende slik at man også i oppsigelsestilfellene bør operere med et skjerpet beviskrav. Det kan bero på ulike faktorer, som lengden på ansettelsesforhold, straffeforholdets art, og hvor vanskelig det er å få seg nytt arbeid. Etter mitt skjønn er det likevel ikke tilstrekkelig grunnlag i avgjørelsen til slutte at det i oppsigelsessaker skal være et mindre strengt beviskrav enn i avskjedssaker. Jeg forstår dommen slik at den kun slår fast at beviskravet ved avskjed skal skjerpes.

Selv om retten uttaler at det bør være et skjerpet beviskrav i sakene, uttaler de at *”På den annen side gjelder ikke i avskjedssaker det samme krav til bevisets styrke som i straffesaker.”* Dette er en klar og generell uttalelse.

Dommen slår fast at i avskjedssaker der grunnlaget er straffbare forhold bør det være et skjerpet beviskrav. Beviskravet skal likevel aldri strekkes opp til det strafferettslige beviskrav. Den generelle uttalelsen kan tyde på at det skal gjelde for alle avskjedssaker. Retten begrunner ikke standpunktet, men argumentet samsvarer med teori og annen rettspraksis på feltet.

Skoghøy begrunner hvorfor man ikke skal nærme seg det strafferettslige beviskrav i sivile saker. Han viser til de ulike partsinteresser i sakene som tilsier at beviskravet i sakene må være forskjellig. I straffesaker er ikke partene likestilte, noe som kan begrunne et strengt beviskrav. I sivile saker vil man måtte balansere beviskravet av hensyn til den annen part. Vinner den ene, taper den andre. Man sier at partenes interesser er kontrære³² Hensynet tilsier at man skal være forsiktig skal med å nærme seg det strafferettslige beviskrav i sivile saker. At retten hever beviskravet i avgjørelsen kan begrunnes i at partene i arbeidsrettssaker ikke er fullt så likestilte som ellers i sivile saker fordi arbeidstaker antas å være den svake part.

³² Skoghøy(2001) s.675

Retten uttaler at det må ”*anses godtgjort med kvalifisert eller klar sannsynlighetsovervekt*” at de ansatte har begått tyveri. Spørsmålet er hvor sterkt dette beviskravet er. Det ligger trolig et sted mellom sannsynlighetsovervekt og beviskravet i strafferetten, men noen eksakte prosenttall er ikke mulig å oppstille, jf avsnitt 2.3.3

Dersom man kan tolke ”*i saker av denne karakter*” slik at det inkluderer andre alvorlige forhold, kan det diskuteres hvor god denne regelen er. Man kan reise spørsmål om hva som er så klanderverdig at beviskravet må skjerpes. Dette kan i stor grad være avhengig av stilling, arbeidsplass og arbeidstype.

Et skjerpet beviskrav i saker der opphørsgrunnlaget er klanderverdige forhold, kan medføre en økt beskyttelse for arbeidstakere som ikke har gjort noe straffbart, men som påstås å ha utøvd alvorlige handlinger. De konsekvenser en slik dom kan få for vedkommende, taler for å skjerpe beviskravet. På den annen side vil forhold som retten ikke anser for å være alvorlige ikke medføre en slikt beviskrav. Det kan imidlertid være at arbeidstakeren selv anser forholdet som infamerende eller stigmatiserende. Hva som er stigmatiserende og infamerende kan trolig diskuteres, og det kan også være avhengig av hva anses akseptabelt i forskjellige miljøer. Usikkerheten som melder seg tilsier at arbeidstaker i slike situasjoner bør være beskyttet med et skjerpet beviskrav. Problemet blir hvordan man skal trekke den nedre grensen for hva som skal anses som klanderverdige forhold.

At enkelte handlinger anses for å være klanderverdige, mens andre ikke er det, kan føre til en uforutsigbar situasjon for arbeidstakerne. Det kan bli noe tilfeldig hva som rammes av beviskravet. Likhets og konsekvens -hensyn kan tilsi at man ved andre alvorlige forhold ikke bør skjerpe beviskravet, fordi det blir vanskelig å klargjøre hva som er klanderverdig nok til å skjerpe beviskravet. På den annen side kan man reise spørsmål om hvorfor man skal skjerpe beviskravet for straffbare forhold og ikke andre klanderverdige forhold så lenge konsekvensene for arbeidstakeren blir de samme.

Hensynet til arbeidsgiverne taler for å ikke skjerpe beviskravet. Arbeidsgiver vil ha behov for å si opp og avskjedige ansatte som bryter instruks, reglementer mv. selv om det ikke er utøvd straffbare handlinger. Behovet gjør seg gjeldende i virksomheter hvor man er ekstra avhengig av å stole på sine ansatte på grunn av sikkerhet og ansvar. Eksempler på slike arbeidsplasser er i luftfarten, på sykehus mv. De hensyn som taler for et skjerpet beviskrav vil kunne komme i strid med arbeidsgivers akutte behov for å ivareta en forsvarlig arbeidsplass. Spørsmålet er om det er rimelig at arbeidsgiver i en slik situasjon skal påføres et ekstra beviskrav for å ivareta sitt eget beste.

3.2.2 Kantinedommen

LB-2003-10506 gjaldt to kantineansatte som ble avskjediget på grunn at de hadde tatt for høye priser og medvirket til ulovlig vareuttak. Retten anså ikke beskyldningene for å være tilstrekkelig bevist.

Retten uttalte at ” *Bevisbyrden ligger hos arbeidsgiveren, og beviskravet vil måtte skjerpes i takt med beskyldningenes vanærende karakter. Den vil likevel aldri bli så streng som i straffesaker. I nærværende sak ble de ansatte beskyldt for tyveri og utroskap, og etter det som er fremkommet er lagmannsretten enig med tingretten i at arbeidsgiver ikke kan sies å ha oppfylt sin bevisbyrde*”

Uttalelsen tilsier at arbeidsgiver skal ha bevisbyrden, og at beviskravet skal skjerpes i takt med beskyldningens ”*vanærende karakter.*”

Spørsmålet blir hva som menes med ”*vanærende karakter*”. Begrepet ”vanærende” er vidt, og det kan tilsi at det kan ramme andre forhold enn de rent strafferettslige. Vanærende kan ha likheter med ordet infamerende, da det betegner noe som er krenkende. Det er krenkende å bli sagt opp eller avskjediget på grunn av straffbare forhold. Begrepet kan imidlertid være subjektivt og sosialt betinget. Ikke alle straffbare forhold trenger å føles krenkende. På den annen side kan forhold som ikke er straffbare føles vanærende for den det gjelder. Det taler for at det bør være et skjerpet beviskrav i disse tilfellene.

Problemstillingen er hvor langt man kan trekke begrepet ”*vanærende*”. Retten uttaler ikke direkte at det er nødvendig at det foreligger straffbare forhold for å skjerpe beviskravet. Fordi dommen gjelder underslag kan man trolig tolke dommen dit hen at man kan kreve et skjerpet beviskrav ved straffbare forhold. Dommen er således i samsvar med øvrig rettspraksis, jf Hansa-dommen. Det at begrepet er vidt, tyder på at dommen utvider området for et strengt beviskrav, noe som ble antydnet i Hansa-dommen.

Regelen om et skjerpet beviskrav for klanderverdige forhold kan diskuteres. Spørsmålet er om det eksisterer reelle hensyn mot å oppstille en slik regel.

For det første kan det føre til en uforutsigbar situasjon for partene i arbeidslivet. Noen handlinger rammes, mens andre går fri. Hva som er klanderverdige forhold kan som nevnt variere. Hva som er ”*vanærende*” kan også være kulturelt og sosialt betinget. Det kan være avhengig av yrke, stilling og status. At det oppstilles et slikt beviskrav kan kanskje medføre at arbeidsgivere vil være forsiktige med å ansette folk, og en økning i midlertidig ansatte.

For det andre kan det ramme tredjeparter som andre ansatte, klienter og brukere. Det blir et spørsmålet hvor isolert man kan tillate seg å se saken. Man kan reise spørsmål om man ikke også bør legge vekt på tredjemenns interesser. På den annens side vil regelen verne arbeidstakere. Selv om opphørsgrunnlaget ikke er straffbare forhold, kan det være meget alvorlige påstander man blir nødt til å bære med seg videre i arbeidslivet. Kanskje vil man få problemer med å komme seg inn på arbeidsmarkedet igjen.

Konsekvenshensynet gjør seg således også gjeldende her da en slik dom kan ramme arbeidstakeren hardt. Dommen er således i samsvar med teorien,³³ som sier at man i vurdering av beviskravet bør legge vekt på de personlige konsekvenser som en uriktig dom kan føre til.

³³ Fanebust(2001) s. 309, Skoghøy(2001) s. 684

Retten sier at beviskravet aldri vil bli så strengt som i straffesaker. Dette er en klar uttalelse, og samsvarer med øvrig rettspraksis og teori jf ovenfor.

3.2.3 Seilforeningsdommen

LB- 2003-14796 gjaldt en ansatt ved en seilforening som ble gitt avskjed på grunn av underslag. Retten anså avskjeden rettmessig.

Angående beviskravet uttaler retten at *”Hovedregelen i sivile saker er at det må foreligge sannsynlighetsovervekt for det faktum som legges til grunn. Når en oppsigelse eller avskjed er begrunnet med at arbeidstakeren har begått en straffbar handling, er det grunn til å skjerpe beviskravet i favør av arbeidstakeren. Lagmannsretten er enig med tingretten i at det er naturlig i en sak som denne å kreve en klar og sterk grad av sannsynlighetsovervekt for det påståtte underslag, men det innebærer ikke at kravet til sannsynlighetsovervekt settes like høyt som i strafferetten. Grensen må ligge et sted mellom den vanlige sannsynlighetsovervekt i sivile saker og straffelovens krav til bevis.”* Retten viser til Skoghøy og Fanebust som begrunnelse.

Avgjørelsen samsvarer med de øvrige avgjørelsene når den sier at det eksisterer et skjerpet beviskrav i avskjedssaker der grunnlaget er straffbare forhold.

Retten uttaler at det *”i en sak som denne”* blir naturlig å kreve klar sannsynlighetsovervekt. Retten sier ingenting om det inkluderer andre forhold enn de rent strafferettslige. Reelle hensyn taler både for og i mot dette, jf. avsnitt.3.2.2

Dommen er generell i sin form når den sier at straffbare forhold medfører et skjerpet beviskrav, men ikke opp til strafferettens beviskrav. Den er derfor i samsvar med de fornnevnte avgjørelsene.

Når det gjelder rekkevidden av dommen tilsier den generelle uttalelsen at dette skal gjelde generelt i oppsigelses og avskjedssaker grunnet straffbare forhold.

3.2.4 Posten – dommen

LB-2004-15641 gjaldt en **oppsigelse** av en sjåfør på grunn av naskeri i arbeidstiden. Han hadde kjørt innom en butikk i arbeidstiden for å kjøpe jord til hagen sin. Han tok med seg 15-16 jordposer, men betalte kun for 8 poser. Han erkjente at han hadde tatt med seg for mange poser, men hevdet at det ikke var med hensikt fordi han hadde vært i en stresset situasjon. Jordposene han tok var av en verdi på 200 kroner.

Arbeidsgiver ville si opp sjåføren på grunn av at han hadde utført et straffbart forhold i arbeidstiden. I denne forbindelse uttaler retten at den ansatte ” *hadde handlet på en måte som etter omstendighetene vil kunne sanksjoneres med straff*”. Det var derfor ikke et vilkår i seg selv at forholdet var sanksjonert med straff, jf ”*kunne*” i uttalelsen. Det også et brudd på tillitt fordi han hadde en betrodd stilling. Det ble begrunnet med at han hadde kjørt Postens bil og hadde vært iført Postens klær, noe som kunne være skadelidende for bedriftens rykte.

Vedrørende beviskravet uttalte retten at ”*oppsigelsesgrunnlagets infamerende karakter tilsier at det skal stilles relativt strenge krav til beviset, selv om arbeidsgiver i en tvist om oppsigelsens rettmessighet ikke har samme bevisbyrde som i straffesaker*”

Spørsmål som reises er hva som menes med ”*infamerende karakter*”, og hvilket bevisbyrdekrav som kan utledes av ”*relativt strenge krav til beviset*”.

Retten definerer ikke ordet ”*infamerende*” Den naturlige forståelsen av ordet tyder på at noe er ærekrenkende, og rammer en person hardt. Spørsmålet er om hva som gjør forholdet krenkende; er det at forholdet kan sanksjoneres med straff, eller er det straffebudet i seg selv som får denne virkning? I denne forbindelse uttaler rettens flertall at naskeriet *i seg selv* ikke var alvorlig da forholdet kun vil medføre en beskjedne bot. Det kan tyde på at retten vurderer forholdet som infamerende fordi forholdet er straffbart, og at det ikke er avhengig av forholdets grovhet. At retten ikke har uttalelser som tyder på at forholdets

grovhet er vektlagt, underbygger at det er det strafferettslige element som kan ha vært avgjørende.

Synspunktet om at straffbare forhold skjerper beviskravet er i samsvar med Hansa-dommen og juridisk teori. Hansa-dommen gjaldt imidlertid avskjed, og et spørsmål man kunne reise der var om et skjerpet beviskrav bare gjaldt avskjed fordi sanksjonen var infamerende *i seg selv*. Posten-dommen taler imidlertid for at det også i oppsigelsessaker kan oppstilles et skjerpet beviskrav fordi forholdet er straffbart og dermed infamerende. Synspunktet samsvarer med teorien³⁴ som anfører at det er grunn til å skjerpe beviskravet der en uriktig dom i den ene retning får store personlige konsekvenser for den ene part.

Det kan videre reises spørsmål om hvilket beviskrav retten mener når de sier at det må stilles ”*relativt strenge krav til beviset*” Det er uklart hvor strengt dette er. ”*Et relativt strengt beviskrav*” er ikke det samme som å nærme seg det strafferettslige beviskrav, men det kan tyde på at det er strengere enn det som følger av overvektsprinsippet. Selv om retten ikke eksplisitt uttaler at det oppstilles et kvalifisert sannsynlighetskrav, kan det reises spørsmål om det er det de i realiteten mener når de sier at det må stilles relativt strenge krav til beviset i saker det forholdet er straffbart. Retten har imidlertid ikke eksplisitte uttalelser om dette.

At det i slike saker kan oppstilles et krav til kvalifisert sannsynlighetsovervekt understøttes av juridisk teori. Skoghøy hevder at det er rettskildemessig grunnlag for at man i saker som handler om straffbare forhold kan stille krav til kvalifisert sannsynlighetsovervekt fordi det er sterkt klanderverdig og infamerende for en part. Det er også slått fast i rettspraksis.³⁵ I disse dommene var det imidlertid tale om straffbare forhold av alvorlig art, som drap og seksualforbrytelser. Det kan tyde på at hensynet ikke gjør seg like sterkt gjeldende i denne saken på grunn av det straffeforholdet ikke er like grovt. Når retten likevel anser forholdet

³⁴ Skoghøy(2001) s.684

³⁵ Rt-1985-211, Rt-1999-1363

som infamerende, kan det tyde på at de mener at det må foreligge et krav om kvalifisert sannsynlighetsovervekt.

Regelen om et skjerpet beviskrav i oppsigelsessaker der grunnlaget er straffbare forhold kan diskuteres.

I Posten-dommen var grunnlaget for oppsigelsen et mindre straffbart forhold. Et skjerpet beviskrav i disse tilfellene kan gå utover andre beskyttelsesverdige interesser. Når beviskravet skjerpes kan redusere arbeidsgivers muligheter for å nå frem i slike saker. Sjøføren en betrodd stilling ved at han kjørte viktige varer som medisiner mv. Det var derfor viktig at arbeidsgiver og brukere hadde tillitt til at han utførte arbeidet på en tilfredsstillende måte. Hvis det opereres med et skjerpet beviskrav kan arbeidsgivere få vanskeligheter med å si opp ansatte de ikke lenger stoler på. Det kan medføre at arbeidsgivere heller benytter seg av midlertidige ansatte og innleie, noe som igjen kan føre til hyppige omskiftninger og omorganiseringer i virksomheten.

Arbeidsgivere skal kunne drive virksomheten på en sikker og betryggende måte. I forhold til dette er arbeidsgivers behov mer akutte enn påtalemyndighetens behov i straffesaker. Påtalemyndigheten har ingen egeninteresse i den forstand at de skal drive en lønnsom virksomhet.³⁶ Selv om et straffbart forhold ikke er alvorlig i seg selv kan slike lovbrudd medføre at folk mister tillitt til en virksomhet. At en sjåfør i Posten driver med naskeri i arbeidstiden kan være skadelidende for bedriftens rykte. Det at slike forhold er skadelidende for arbeidsgiver, taler for mot å operere med et skjerpet beviskrav i disse tilfellene.

Det kan anføres at en oppsigelsessak ikke vil ramme arbeidstakeren så hardt som ved avskjed. Vedkommende kan arbeide og få lønn ut oppsigelsestiden. Det vil derfor kunne

³⁶ Fanebust(2001) s. 307

være lettere å tilpasse seg en ny livssituasjon som å søke nytt arbeid i denne tiden. Argumentet taler mot et skjerpet beviskrav i disse tilfellene.

På den annen side må hensynet avveies mot det behov arbeidstakeren har for vern i slike saker. Å bli sagt opp på grunn av straffbare forhold er ikke bare infamerende, men det kan også være moralsk stigmatiserende.

Vernehensyn taler for å kreve en kvalifisert sannsynlighetsovervekt i slike saker fordi det er viktig at arbeidstaker ikke blir sagt opp på uklart grunnlag. Det kan begrunnes i at arbeidsmiljøloven er en vernelov som skal verne arbeidstakeren som den presumtivt svake part. Formålet bak stillingsvernsreglene er å ”*trygge ansettelsesforhold*”, jf aml.§1-1 b) Det kan tilsi at man bør operere med et skjerpet beviskrav i disse tilfellene.

Posten-dommen taler for å oppstille et strengere beviskrav også i oppsigelsessaker der grunnlaget er straffbare forhold, uavhengig av forholdets grovhet. Retten uttaler generelt at man ikke skal nærme seg strafferettens beviskrav. Det samsvarer med Hansa-dommen og juridisk teori.³⁷ Det eksisterer hensyn for og imot et skjerpet beviskrav, men etter avveining er jeg kommet til at det i oppsigelsessaker bør være et krav om kvalifisert sannsynlighetsovervekt der grunnlaget er straffbare forhold.

3.2.5 Oppsummering

Rettspraksis taler for at det eksisterer et krav om kvalifisert sannsynlighetsovervekt opphørssaker grunnet straffbare forhold. Hansa-dommen viser at dette særlig gjelder i avskjedssaker fordi avskjed *i seg selv* er infamerende. Kantinedommen viser at klanderverdige forhold også kan føre til et skjerpet beviskrav. Det er noe usikkert hvilke klanderverdige forhold som rammes, men dommen tyder på at saksforholdet må være krenkende for at det skal oppstilles et slikt beviskrav. Det er hensyn for og i mot at det skal være et skjerpet beviskrav i disse tilfellene. Rettens uttalelser i dommen taler likevel for et

³⁷ Fanebust(2001) s. 307

utvidet område for et skjerpet beviskrav. Posten-dommen taler for at det gjelder et skjerpet beviskrav i oppsigelsessaker der grunnlaget er straffbare forhold, noe som også ble uttalt i Seilforeningsdommen. Det er ikke sikkert at det gjelder et skjerpet beviskrav vil for klanderverdige forhold i oppsigelsestilfellene, da ingen av avgjørelsene sier noe om dette. Samtlige avgjørelser slår fast at beviskravet aldri skal bli så strengt som strafferettens beviskrav.

3.3 Juridisk teori

I rettslig teori er det tatt til ordet for et skjerpet beviskrav i oppsigelses- og avskjedssaker der grunnlaget er straffbare forhold. Det er likevel noe uenighet om hvor langt man skal trekke dette synspunktet.

Fanebust³⁸ skriver at likheten med straffesaker gjør at beviskravet bør skjerpes der oppsigelsen eller avskjeden bygger på et sterkt klanderverdig forhold. Han begrunner det med at en avskjed eller oppsigelse er infamerende og inngripende for den som rammes. På den annen side uttaler han at man ikke skal fokusere for mye på likheter med straffesakene ved at ” *Bedriftens behov er således mer direkte og akutte enn de allmenn- og individualpreventive hensyn i slike saker*”

Jakhelln uttaler at det ved avskjed bør oppstilles et krav om kvalifisert sannsynlighetsovervekt. Han begrunner det med at en avskjed generelt vil ramme arbeidstakeren hardt og at den kan være moralsk belastende. Han er enig med Fanebust i at det ikke kan kreves de samme strenge beviskrav som i strafferetten.³⁹

Dege mener også at det bør foreligge et krav til kvalifisert sannsynlighetsovervekt i disse sakene begrunnet i de konsekvenser en avskjed får for arbeidstakeren.⁴⁰

³⁸ Fanebust(2001) s.307

³⁹ Jakhelln(2006) s.477

⁴⁰ Dege(1997) s.393

Schei har et annet syn, og uttaler at *”om dommen får mer eller mindre alvorlige følger for partene, kan ikke det innvirke på det beviskrav som må stilles”* Det kan tyde på at han vil holde seg til overvektsprinsippet i disse sakene. Han begrunner ikke standpunktet, men sier *”at A er rik og B er fattig vil generelt sett ikke være noe argument i bevisførselen”*⁴¹ Schei er derfor ikke enig med Skoghøy, som ut fra et konsekvenshensyn oppstiller et skjerpet beviskrav i disse sakene.

At beviskravet bør skjerpes der skadevirkningene av en uriktig dom vil være større for den ene part enn for den andre part samsvarer med de forannevnte avgjørelser. I avgjørelsene anvendes det et skjerpet beviskrav på grunn av de infamerende, stigmatiserende og vanærende virkninger dommen vil få for arbeidstakeren.

Juridisk teori er ikke samstemte hvorvidt det bør være et skjerpet beviskrav i opphørssaker der grunnlaget er straffbare forhold. Skoghøy uttaler seg ikke konkret om arbeidsrettssaker, men om sivile saker generelt. Han legger vekt på at det i noen saker er behov for å skjerpe beviskravet fordi en uriktig dom kan få store konsekvenser for den ene part. Jakhelln og Fanebust legger vekt på dette, men konkret i arbeidsrettssaker. Hos Schei finner man antydninger på at det ikke har noen virkning for hvilket beviskrav som må oppstilles.

Juridisk teori er ikke helt samlet om det bør være et krav om kvalifisert sannsynlighetsovervekt i opphørssaker grunnet straffbare forhold, men majoriteten av forfatterne mener det bør være et slikt beviskrav.

Etter rettspraksis og juridisk teori legger jeg således til grunn at det eksisterer et krav om kvalifisert sannsynlighetsovervekt i opphørssaker der grunnlaget er straffbare forhold. På grunn av manglende lov og høyesterettspraksis anser jeg løsningen for å være noe usikker.

⁴¹ Schei(1998)s. 633

3.4 Bør det oppstilles krav om kvalifisert sannsynlighetsovervekt i oppsigelse – og avskjedssaker der opphørsgrunnlaget er straffbare forhold?

Problemstillingen er det bør være et krav til kvalifisert sannsynlighetsovervekt i opphørssaker der grunnlaget er straffbare forhold.

Som anført i rettspraksis er det å miste jobben på grunnlag av straffbare forhold infamerende for den det gjelder. En oppsigelse eller avskjed vil ramme arbeidstakeren hardt. Det vil gripe sterkt inn i hans/hennes livssituasjon. En avskjed vil ramme spesielt hardt. Det taler for å oppstille et styrket beviskrav i avskjedstilfellene. Dette hensynet var fremtredende i Hansa-dommen.

Skoghøy anfører at det i noen sivile saker kan være grunn til å fravike overvektsprinsippet fordi en uriktig dom kan føre til store personlige konsekvenser for den ene part⁴² Etter min mening er dette hensynet relevant i avskjedssaker. Det å miste arbeidet må sies å være en stor belastning. Man vil ikke få lønn og trolig tar det litt tid å få seg ny jobb, og i verste fall vil man få problemer med å få seg en nytt arbeid. En avskjed er absolutt som medfører at man må gå på dagen. Det vil være en større belastning enn i oppsigelsestilfellene der man har en oppsigelsestid. Det kan tilsi at man i bør ha et skjerpet beviskrav i avskjedssaker. Hansa- dommen og de konsekvensbetraktninger som er anført i teorien underbygger dette standpunktet.

Det kan også være sosialt belastende og stigmatiserende for en person å bli avskjediget eller oppsagt på grunn av straffbare forhold. I noen bransjer kan det være vanskelig å ny jobb, særlig vil dette gjelde i virksomheter der tillitsforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker er fremtredende. Det kan nok variere etter som hva slags straffbare forhold det dreier seg om. Noen vil for eksempel hevde at enkelte lovbrudd, som trafikklovbrudd, ikke er så sosialt stigmatiserende. Det stigmatiserende aspekt vil være avhengig av kultur, miljø

⁴² Skoghøy(2001) s. 684 flg.

og sosiale forhold. Etter min mening kan det stigmatiserende aspekt tale for å skjerpe beviskravet i disse tilfellene.

Som nevnt er det i rettspraksis anført at beviskravet ikke bør ligge helt opp til straffelovens beviskrav. Dette er også hevdet i juridisk teori. Årsaken er at de hensyn som begrunner det sterke beviskravet i strafferetten, ikke har den samme vekt i arbeidsrettssaker⁴³ Det begrunnes i forskjellen mellom sivile saker og straffesaker. I straffesaker har påtalemyndigheten ingen egeninteresse. I sivile saker vil det alltid være en tapende part. Dersom den ene vinner frem, taper den andre.

Hvis man øker beviskravet kan dette også gå hardt utover arbeidsgiver. Arbeidsgiver har en egeninteresse i å avskjedige en arbeidstaker de ikke lenger har tillitt til. Særlig vil dette gjelde i saker der den ansatte har utørt straffbare handlinger. Det kan tenkes situasjoner hvor det er sikkerhetsmessige årsaker til at man vil si opp eller avskjedige ansatte. Det kan begrunnes i arbeidstypen, arbeidsmiljøet og arbeidsoppgaver. Eksempler er polityrket, brannyrket og lignende. Kanskje vil gå hardt utover øvrige ansatte ved bedriften og brukere hvis den ansatte blir værende. I denne forbindelse er det et moment at arbeidsgiver er utstyrt med en styringsrett.

Man kan også anføre at arbeidsgiver har en ”plikt” til å tjene penger, ellers vil det være vanskelig å opprettholde en virksomhet. Bedriftens behov tilsier at det kan være en fordel å følge hovedregelen om overvektsprinsippet. Da skal det ikke fullt så mye til for å bevise at arbeidstakeren har utført straffbare forhold. Slik kan arbeidsgiver få mulighet til å kvitte seg ansatte som ikke lenger er til å stole på.

Det kan imidlertid anføres at det er en fordel for arbeidstakeren at man følger det ordinære krav til sannsynlighetsovervekt i slike saker. Det kan begrunnes i hensynet til uskyldspresumsjonen. Selv om prinsippet i utgangspunktet gjelder for straffesaker, kan

⁴³ Fanebust(2001) s.309

hensynet overføres til opphørssaker begrunnet i straffbare forhold. Hvis man ikke graderer beviskravet, men holder seg til hovedregelen, vil man ikke komme inn i gråsoner som gjør at folk ikke skiller mellom hva som er beviskrav etter sivilretten og hva som er det etter strafferetten. Dette viser at det også kan være stigmatiserende å bli oppsagt eller avskjediget etter et skjerpet beviskrav. Hensynet kan således trekkes i begge retninger.

Synspunktet om at et skjerpet beviskrav kan være stigmatiserende, er blant annet hevdet av Asbjørn Strandbakken i "Uskyldspresumsjonen"(2003). Han uttaler at et strengt beviskrav for erstatning etter angivelige straffbare forhold også kan skape problemer i forhold til uskyldspresumsjonens forbud mot å anse noen som skyldig når det ikke foreligger fellende straffedom. Grensen mot en fellende straffedom blir i så fall hårfin.⁴⁴ Samtidig kan det anføres at argumentet er noe søkt da folk flest ikke har oversikt over, eller blir påvirket av bevisbyrdereglene⁴⁵

Problematikken rundt uskyldspresumsjonen ble drøftet inngående rundt Karmøy-saken,⁴⁶ og er også kommet på spissen i forsikringssvikssaker.

Sakstypene som Strandbakken viser til er ikke arbeidsrettssaker og det vil trolig være en del ulikheter i sakenes natur. Likevel har sakene visse likheter med oppsigelse og avskjedssaker ved at det vurderes å gi en sivilrettslig sanksjon som har tilknytning til et straffbart forhold. Vedkommende kan også ha blitt frikjent for det strafferettslige forholdet. Spørsmålet er om det påståtte straffbare forhold påvirker beviskravet i den sivile saken. Jeg vil i det følgende vurdere disse sakene opp mot arbeidsrettssaker.

⁴⁴ Strandbakken(2003) s. 599

⁴⁵ Hov(1999) s.268

⁴⁶ Rt-1999-1363

3.4.1 Forsikringssaker

I forsikringssvikssaker vil partene være et forsikringsselskap og en forsikringstaker. Etter fal. §13-8(1) kan forsikringsselskapet nekte å utbetale forsikring til en forsikringstaker dersom forsikringstakeren har fremkalt forsikringstilfellet. Dette vil i realiteten være en straffepåstand om at forsikringstakeren har begått forsikringssvik jf strl. §272. Spørsmålet om forsikringstakeren skal få utbetalt forsikring er imidlertid en sivil tvist. Hovedregelen er derfor at det er tilstrekkelig med alminnelig sannsynlighetsovervekt for å slå fast at forsikringstakeren har utført forsikringssvindel.

Spørsmålet er om det foreligger hensyn som tilsier at man bør kreve en sterkere grad av sannsynlighet for å slå fast at forsikringstakeren har utført forsikringssvindel. Det kan anføres for et strengt beviskrav at det vil beskytte forsikringstakeren mot å bli stemplet som en forsikringssvindler. På den annen side kan et strengt beviskrav føre til at forsikringstakeren i hvert fall blir stemplet som en forsikringssvindler, fordi det blir bevist med kvalifisert sannsynlighetsovervekt. Grensen mot en straffedom kan bli hårfin, noe som igjen kan rokke ved uskyldspresumsjonen.

Samtidig gjør særegne hensyn seg gjeldende i forsikringssaker. Det er ikke noen utenforstående som direkte påføres et tap ved at forsikringen utbetales til forsikringstakeren.⁴⁷ Forsikringsselskapet må betale en sum som det kanskje ikke er grunnlag for, men dette kan pulveriseres på samtlige forsikringstakere i selskapet. Forsikringstakeren har kjøpt seg trygghet med forsikringen, og har dermed rett til en forsikring hvis for eksempel huset brenner ned. Omvendt vil forsikringstakeren sitte igjen med et veldig stort tap dersom forsikringsselskapet ikke utbetaler forsikringen.⁴⁸ Det kan tilsi at man bør operere med et strengt beviskrav i sakene. I rettspraksis⁴⁹ er det slått fast at det bør kreves klar sannsynlighetsovervekt. Det er begrunnet i at det bør kreves sterke bevis

⁴⁷ Strandbakken(2003) s.600

⁴⁸ Strandbakken(2003) s.601

⁴⁹ Rt-1985-211, Rt-1990-688, Rt-1990-1058,

for å slå fast at en part har gjort seg skyldig i et straffbart forhold. Dessuten skal ikke en forsikringstaker miste sin forsikring på et uklart forhold da dette er en rett man i utgangspunktet har.

Spørsmålet er om tilsvarende hensyn gjør seg gjeldende i arbeidsrettssaker der arbeidstaker blir oppsagt eller avskjediget på grunn av straffbare forhold. Hensynet til å unngå å bli stemplet på grunn av forholdet gjør seg også gjeldende i arbeidsrettssaker. På den annen side kan en avskjed eller oppsigelse, bevist etter et skjerpet beviskrav også virke stigmatiserende, fordi det nærmer seg det strafferettslige beviskravet. Men både i arbeidsrettssaker og forsikringssaker vil det kunne anføres at uskyldspresumsjonen er begrenset til straffesaker.

Det kan det anføres at konsekvensene av dommen er like i de to typer saker. Det vil ramme forsikringstakeren hardt dersom han mister forsikringen sin på uklart grunnlag. Det vil også ramme arbeidstakeren hardt dersom han mister jobben sin på uklart grunnlag. Han vil miste livsgrunnlaget sitt. Dette har visse likheter med at en forsikringstaker for eksempel vil miste verdien av huset sitt. Når konsekvensene er så store for den det gjelder, taler det for et skjerpet beviskrav. Ved avskjed vil arbeidstakeren miste inntekt på dagen. At disse hensyn er lagt vekt på i dommer om forsikringssvindel tilsier at liknende hensyn kan vektlegges i arbeidsrettssaker.

En forskjell mellom sakene er imidlertid hvem som er parter. I forsikringssaker kan forsikringsselskapet pulverisere tapet sitt på alle forsikringstakerne.⁵⁰ Dessuten har forsikringstakeren betalt for sin forsikring. Hvis en arbeidsgiver blir sittende med en arbeidstaker som utfører straffbare forhold kan det ramme arbeidsgiver og ansatte i bedriften. Selv om dette vil variere etter hva slag straffbare forhold som er utøvet, og hva slags stilling arbeidstakeren har, vil dette ofte ramme bedriften hardere enn et forsikringssvik som kan pulveriseres på mange forsikringstakere.

⁵⁰ Strandbakken(2003) s. 600

Hensynet til et godt fysisk og psykisk arbeidsmiljø kan tilsi at beviskravet ikke bør skjerpes. Det er ikke bare hensynet til arbeidsgiveren som kommer inn her. Også andre ansatte i bedriften vil kunne rammes hvis det oppstår farer og lignende i bedriften. Videre kan det gå utover klienter, brukere og aksjonærer. Dette vil trolig også variere, men likevel kan hensynet gjøre seg gjeldende i arbeidsrettssaker.

Argumentet for å ivareta arbeidsgiver og andre ansatte, kan støttes opp av formålet med arbeidsmiljøloven. Et hovedformål er ” *å sikre et arbeidsmiljø som gir grunnlag for en helsefremmende og meningsfylt arbeidssituasjon, som gir full trygghet mot fysiske og psykiske skadevirkninger*”, jf aml.§1-1a)

Mot dette hensynet kan det imidlertid anføres at et annet formålet med arbeidsmiljøloven er ” *å sikre trygge ansettelsesforhold* ” jf aml.§1-1b)Arbeidstaker skal ha et stillingsvern. Det taler for å skjerpe beviskravet i slike saker. Å følge overvektsprinsippet i oppsigelses- og avskjedssaker vil gjøre det enklere for arbeidsgiver å si opp og avskjedige ansatte som de mistenker for å utføre lovbrudd. Men de ansattes situasjon blir trolig mer utrygg da det skal mindre til for å bevise at de har gjort noe straffbart.

3.4.2 Oppsummering

Sammenlikningen med forsikringssaker viser at det infamerende og stigmatiserende aspekt også gjør seg gjeldende i arbeidsrettssaker. Likevel er det en forskjellige ved partsforholdet, og hvem som bør beskyttes. Dette vil kanskje være et viktigere moment i arbeidsrettssaker at arbeidsgiver også vil trenge en særlig beskyttelse. Men arbeidstaker bør også beskyttes. Etter avveining taler likhetene for at det bør kreves kvalifisert sannsynlighetsovervekt i arbeidsrettssaker.

3.4.3 Erstatningssaker på grunnlag av straffbare forhold

Det kan i noen saker kreves erstatning som bygger på at skadevolder har begått en straffbar handling. Situasjonen er for eksempel at en person blir frifunnet for et straffbart forhold, men der den fornærmede reiser erstatningssøksmål mot den tiltalte i samme sak. Etter strprl.§3 kan man på visse vilkår bringe borgerlige rettskrav inn for domstolene til pådømmelse i en sak som behandles etter straffeprosessloven⁵¹. Det ble i Rt.1996 s. 864 og i Karmøysaken⁵² anført at det ikke var mulig å idømme en person som er frifunnet for straff plikt til å betale erstatning for samme handling i samme sak. Dette ville bringe frifinnelsen i tvil. Retten kom i begge avgjørelser til at denne løsningen ikke var i strid med uskyldspresumsjonen, jf EMK art.6 nr.2.

Spørsmålet er hvilke beviskrav som skal gjelde i slike saker. Selv om man reiser kravet sammen med den strafferettslige tvisten er erstatningsspørsmålet en sivil tvist, og utgangspunktet er at overvektsprinsippet gjelder. Rettspraksis⁵³ har slått fast at man i disse sakene skal kreve klar sannsynlighetsovervekt for å tilkjenne erstatning. Dette er begrunnet i at det er påstått at vedkommende har begått et straffbart forhold.

Sakene skiller seg fra forsikringssakene ved at det i disse sakene vil være en fornærmet, en skadelidt, som ikke har mulighet til å pulverisere et eventuelt tap. Den ene avgjørelsen⁵⁴ gjaldt en jente som var seksuelt mistenkt av sin far. På grunn av det belastende faktum og de alvorlige konsekvenser en slik dom ville få for personens moralske omdømme, måtte beviskravet skjerpes.

Likheten med arbeidsrettssakene er at også arbeidstakeren blir anklaget for et straffbart forhold. Det kan være belastende, og gå utover arbeidstakerens moralske omdømme. Det

⁵¹ Lov 1981-05-22 nr.25

⁵² Rt-1999-1366.

⁵³ Rt-1996-864, Rt-1999-1366

⁵⁴ Rt-1996-864

tilsier at man bør kreve kvalifisert sannsynlighetsovervekt i slike oppsigelses- og avskjedssaker. Likevel skal det ikke stilles så strenge beviskrav som i straffesaker fordi det er en sivil tvist.

Strandbakken reiser spørsmål om det er hensyn som tilsier at det i saker om erstatning som utspringer av straffbare forhold likevel ikke bør oppstilles et skjerpet beviskrav. Han viser til skotsk rett der det ikke eksisterer noe forskjell på beviskravene i sivilretten og strafferetten. Han anfører at det kan ha gode grunner for seg å anvende det alminnelige sivilrettslige krav om sannsynlighetsovervekt⁵⁵. Dette begrunner han med at praksisen om klar sannsynlighetsovervekt i slike saker begunstiger skadevolder, noe som bryter med prinsippet om "equality of arms"⁵⁶ Han hevder også at et krav om sannsynlighetsovervekt vil skape bedre avstand mellom en frifinnende straffedom og en fellende erstatningsdom.

Problemstillingene er om hensynet kan overføres til arbeidsrettssaker. Likheten er at årsaken til oppsigelsen eller avskjeden er straffbare forhold. Ulikheten er at pådømmelsen ikke skjer i samme sak. Det straffbare preg tilsier at det er stigmatiserende å bli oppsagt eller avskjediget. Å anvende overvektsprinsippet kan da i likhet med det som ble anført i disse sakene, føre til at det blir et skarpere skille mellom det å bli oppsagt i en sivil sak på grunn av straffbare forhold, og det å bli strafferettslig dømt. Overvektsprinsippet kan medføre at det ikke blir like sosialt belastende å bli oppsagt eller avskjediget. Men partene i arbeidsrettssaker vil ikke være likestilte. Selv om arbeidsgiver også trenger beskyttelse, vil det være et særlig behov for å verne arbeidstakeren mot å bli oppsagt eller avskjediget på grunn av slike forhold. Konsekvensen for arbeidstaker er ofte mer fatale og personlige enn konsekvensen for arbeidsgiver.

Synspunktet må kanskje modifiseres i situasjoner der arbeidsgiver bør ha et ekstra vern. Et eksempel er omsorgsykker der brukere vil være i en sårbar situasjon. Et eksempel er en lærer som er mistenkt for seksuelle overgrep. Selv om det vil være infamerende og

⁵⁵ Strandbakken(2003) s.607

⁵⁶ EMK art. 6

stigmatiserende for en lærer å bli sagt opp på et slikt grunnlag vil det kunne få fundamentale konsekvenser for de som blir utsatt for slike forhold. Det er derfor ikke like sikkert at man i disse sakene bør operere med et skjerpet beviskrav.

3.5 Oppsummering

Rettspraksis taler for et skjerpet beviskrav i disse sakene. Hovedtendenser i rettslig teori taler også for et slikt beviskrav. Reelle hensyn taler både for og i mot å anvende et slikt beviskrav. Likheter med forsikringssaker og erstatningssaker taler også for og mot for å skjerpe beviskravet. Likevel vil de særlige hensyn som gjør seg gjeldende i arbeidsrettssaker tale for å oppstille et skjerpet beviskrav i slike tilfeller. De rettskilder som er gjennomgått trekker derfor samlet sett i retning av et krav om et kvalifisert sannsynlighetsovervekt i opphørssaker grunnet straffbare forhold.

4 Bevisbyrde/beviskrav der opphørsgrunnlaget er psykososiale forhold

Problemstillingen er hvilke bevisbyrdekrav som gjelder og bør gjelde i saker der opphørsgrunnlaget er psykososiale forhold. Disse sakene er vanskelige bevismessige, og ord vil ofte stå mot ord. Man ser at det ofte ligger underliggende konflikter bak slike oppsigelser og avskjeder. Det at sakene er vanskelige bevismessig, gjør at de fleste av sakene ikke blir prøvet for domstolene. Av denne grunn er det lite rettspraksis å basere vurderingene på.

Fordi psykososiale forhold omfatter mange typetilfeller, og hvor det til dels er lovfestede bevisbyrdekrav, anser jeg det nødvendig å gå inn i hva slags situasjoner som kan oppstå på det psykososiale området. Deretter vil jeg behandle hvilke beviskrav som gjelder i avskjeds- og oppsigelsessaker grunnet psykososiale forhold. Til slutt vil jeg vurdere hvilke bevisbyrde og beviskrav som bør gjelde i disse sakene.

4.1 Psykososiale arbeidsforhold.

I det følgende vil jeg se på hvilke opphørsgrunnlag som kan oppstå på det psykososiale området. Et underliggende spørsmål er hva som menes med psykososiale forhold.

Det eksisterer ingen definisjon av psykososialt arbeidsmiljø i arbeidsmiljøloven. I forarbeidene nevnes det ikke hvorfor man ikke har definert begrepet. I juridisk teori⁵⁷ har man anvendt begrepet som en samlebetegnelse for psykososiale arbeidsmiljøproblemer som er orientert mot psykiske forhold. Det tyder på at begrepet er vidt.

4.2 Kompleksiteten i saksforholdet

Oppsigelses- og avskjedssaker grunnet arbeidstakers forhold på det psykososiale området kan bestå av mange typetilfeller, og årsaksbildet ofte er vanskelig.

Klassiske eksempler på opphørsgrunnlag grunnet i psykososiale forhold kan forhold som samarbeidsproblemer, trakassering og mobbing. Det kan også være forhold som tilsynelatende er en ordrenekt fra arbeidstakers side, men som i realiteten har grunnlag i bakenforliggende trakassering, uløste konflikter, mobbing eller utfrysning. Andre tilfeller er der unnlatelser og hersketeknikker er det reelle grunnlag for en oppsigelse eller avskjed. Det kan også være fastsatte konkurransebetingelser i bedriften, som bonusordninger, som i realiteten medfører at noen mobbes og støtes ut av bedriften.

4.3 Bakgrunn

Mobbing i arbeidslivet ble særlig satt på dagsordenen etter at Statsminister Kjell Magne Bondevik i sin nyttårstale i 2004 lanserte en kampanje mot mobbing på arbeidsplassen som del av avtalen om det inkluderende arbeidsliv. Bondeviks initiativ førte også til at det ble satt i gang en nasjonal satsing over tre år i samarbeid med partene i arbeidslivet. Fenomenet

⁵⁷ Pedersen(2002) s.17

mobbing er ikke nytt i arbeidslivet, men det er først de siste 15- 20 år at det har vært i fokus.⁵⁸

Ferske tall viser at forekomsten av mobbing i arbeidslivet har gått ned i den senere tid. Tallene jeg har sett tilsier at prosentandelen har gått fra å ligge på 5 % til 2 %. Likevel er det 100.000 voksne mennesker som blir mobbet på arbeidsplassen hver dag.⁵⁹ Årsaken til nedgangen kan være at det er en økt bevissthet rundt temaet, og at bedrifter har gjennomført konkrete tiltak mot mobbing. En annen årsak kan være at arbeidsledigheten har sunket i senere tid, noe som gjør det lettere å skifte arbeid dersom man mistrives. Det kan imidlertid eksistere mørketall på feltet da mobbing på arbeidsplassen ofte er skambelagt, og at årsaksbildet er vanskelig.

Det vil være lønnsomt for bedrifter å forebygge mobbing på arbeidsplassen. Mobbing vil ikke bare ha store konsekvenser for den som rammes, den vil også ramme virksomheten som bla. vil måtte slite med sykefravær, hyppige utskiftninger og omorganiseringer. Dette vil igjen ramme samfunnsøkonomien. Det er i stor grad samfunnet som må bære kostnadene når noen støtes ut av arbeidslivet, enten ved arbeidsledighetstrygd, sykepenger eller uføretrygd.

Dersom arbeidsgivere oppfyller sine plikter, kan de lettere unngå et ansvar for uriktige avgjørelser, som en ugyldig oppsigelse eller avskjed. Hvis arbeidsgiver kan dokumenterer at de har gått riktig frem, ved at de har et system som fanger opp slike tilfeller kan de unngå brudd på reglene, og uriktige opphørssaker. Man vil dessuten fange opp problemer på et tidlig stadium. Reglene kan således ha en forebyggende effekt slik at man unngår oppsigelses- og avskjedssaker på dette området. Kravene til system gjør også at arbeidsgiver oppfordres til å føre en ettersiselig prosess, noe som kan påvirke bevissituasjonen i sakene.

⁵⁸ Einarsen(2005)

⁵⁹ Ler Nilsen(2006) s. 20

4.4 Bevisbyrde og beviskrav på det psykososiale området

Når en arbeidsgiver sier opp eller avskjediger en ansatt, og det reelle grunnlag er psykososiale forhold, blir spørsmålet hvilke bevisbyrdekrav som skal gjelde.

Som nevnt i avsnitt 2.1 er hovedregelen i norsk rett overvektsprinippet. Arbeidsgiver har bevisbyrden for at oppsigelsen er saklig, eller at avskjeden er begrunnet i et vesentlig mislighold, jf avsnitt 2.2.

Det eksisterer flere særskilte lovfestede beviskrav på det psykososiale området. Regler om delt bevisbyrde finnes i arbeidsmiljøloven, diskrimineringsloven⁶⁰ og likestillingsloven.⁶¹ Jeg vil i det følgende vil gi en kort oversikt over disse.

4.4.1 Særskilte områder hvor det er innført delt bevisbyrde

Aml. kapittel 13 inneholder regler som skal verne mot diskriminering i arbeidslivet. Ved brudd på diskrimineringsforbudet i aml. kap.13 er det i aml.§13-8 innført en såkalt ”delt bevisbyrde”. Liknende bestemmelse er innført i diskrimineringsloven§10 og likestillingsloven§16. En regel om delt bevisbyrde medfører at bevisføringsansvaret lettere skifter fra arbeidstaker til arbeidsgiver jf kapitel.2.3.2.

Lovene gjelder for hver sitt område. Reglene om delt bevisbyrde er imidlertid begrunnet i de samme hensyn. Derfor vil jeg behandle hensynene bak reglene samlet.

4.4.2 Bakgrunn

Årsaken til innføring av delt bevisbyrde i diskrimineringslovgivningen er begrunnet i å sikre en effektiv håndheving av reglene, styrkeforholdet mellom partene og adgang til reell prøving av sakene. Dette ble gjort etter mønster fra bevisbyrdedirektiv i EU-retten.⁶²

⁶⁰ Lov 2005-06-10 nr.40

⁶¹ Lov 1978-06-09 nr.45

4.4.3 Effektiv håndheving av reglene

Alm.§13-8 er en videreføring av den tidligere aml.§55 I. som igjen videreførte aml.§55 A. Etter forarbeidene⁶³ skal bestemmelsen tolkes i samsvar med den tidligere bestemmelsen.

I følge forarbeidene⁶⁴ er delt bevisbyrde innført på grunn av hensynet til en effektiv håndheving av reglene. Det er vanskelig for arbeidstaker/arbeidssøker å bevise at diskriminering har funnet sted. Det er nesten umulig å bevise hva som har vært de avgjørende motiver bak arbeidsgivers beslutninger, som en oppsigelse eller avskjed. Delt bevisbyrde vil gjøre det lettere for en arbeidstaker å få prøvd grunnlaget for en avgjørelse. Det har vist seg at retten til lik behandling etter aml.§13-1 i praksis har liten verdi dersom man ikke har reelle mulighet til å få denne håndhevet. Ved å innføre delt bevisbyrde på området vil den som mener seg diskriminert ha reelle muligheter til å vinne frem. Lovgiver har ansett dette for å være særlig viktig i diskrimineringssaker fordi saksforholdet i disse sakene ofte er uklart og uoversiktlig.

At bevisbyrden pålegges arbeidsgiver kan også bidra til en bevisstgjøring ved at han/hun må gå kritisk gjennom sine fremgangsmåter og motiver når beslutninger tas.

Hensynet til en effektiv håndheving er også begrunnelsen bak innføringen av delt bevisbyrde i likestillingsloven⁶⁵ og diskrimineringsloven⁶⁶

⁶² 2000/80/EF

⁶³ Ot.prp. nr 104 (2002-2003) s. 328.

⁶⁴ Ot.prp. nr 34 (2000-2001) kap.8.5

⁶⁵ Ot.prp. nr. 77(2000-2001)

⁶⁶ Ot.prp. nr 3 (2004-2005) kap. 11.8.1

4.4.4 Styrkeforholdet mellom partene

Delt bevisbyrde er begrunnet i styrkeforholdet mellom partene i arbeidslivet. Arbeidsgiver har best tilgang til sakens opplysninger og antas å være nærmest til å sikre at saken blir tilstrekkelig opplyst. Det er derfor rimelig å pålegge arbeidsgiver tvilsrisikoen dersom det etter bevisføringen fremdeles er uklart hva arbeidsgiver faktisk har lagt vekt på. Det er her tilstrekkelig med sannsynlighetsovervekt. Det er i hovedsak bevisføringsplikten som endres ved delt bevisbyrde. Det at arbeidstaker må etablere en presumsjon for at det er skjedd diskriminering kan imidlertid også være en fordel for arbeidsgiver ved at han/hun slipper grunnløse søksmål med påstand om diskriminering.⁶⁷

Hensynet til styrkeforholdet mellom partene er også vektlagt i forarbeidene til likestillingsloven⁶⁸ og diskrimineringsloven⁶⁹ Videre er det i forarbeidene til likestillingsloven lagt vekt på at saksøker ofte vil være i en utsatt posisjon fordi sakene er av følelsesmessig karakter.⁷⁰

4.4.5 Diskrimineringsrunnlag etter arbeidsmiljøloven

Aml.§13-8 om delt bevisbyrde gjelder i saker der det har forekommet diskriminering etter aml.§13-1. Etter aml.§13-1(1) gjelder det er forbud mot direkte og indirekte diskriminering på grunn av politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon, seksuell orientering, funksjonshemming og alder. Bestemmelsen er uttømmende. Overført til oppsigelsessituasjonene må en arbeidstaker som mener seg oppsagt på grunn av disse grunnlag fremlegge opplysninger som gir grunn til å tro at det har vært utslagsgivende, deretter må arbeidsgiver påvise at det ikke er tilfellet.

⁶⁷ Ot.prp. nr 34(2000-2001) kap. 8.5

⁶⁸ Ot. prp. nr 77(2000-2001)

⁶⁹ Ot. prp. nr 33(2004-2005)kap.11.8.1

⁷⁰ Ot.prp. nr 77(2000-2001)

Det vil gjelde en delt bevisbyrde dersom en person føler seg trakassert av en som har fått instruks om å trakassere. Etter aml.§13-1(2) skal trakassering som følge av årsak i §13-1(1) anses som diskriminering. Delt bevisbyrde gjelder også hvor en arbeidstaker føler seg diskriminert på grunn av at vedkommende er deltidsansatt eller midlertidig ansatt, jf aml.§13-1 (3)

Det eksisterer ingen legaldefinisjon for hva som er diskriminering. Etter lovens ordlyd er diskriminering både direkte og indirekte diskriminering, jf §13-1. I forarbeidene⁷¹ uttales det at begrepet ”direkte diskriminering” ikke skal tolkes snevert. Begrepet vil derfor omfatte aktive handlinger og unnlater.

Med indirekte diskriminering⁷² menes enhver tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnlattelse som faktisk virker slik at en person stilles dårligere enn andre på grunnlag som nevnt i aml.§13-1(1) Hva som er indirekte diskriminering er ikke alltid like klart, men kjennetegnes ved at handlingen mv. fremstår som nøytral i forhold til diskrimineringsgrunnlaget, men som i praksis får uforholdsmessig stor negativ virkning for enkelte uten at dette har en saklig grunn. Det innebærer at vurderingen av om det foreligger indirekte diskriminering er konkret og skjønnsmessig⁷³. En delt bevisbyrde i saker om indirekte diskriminering vil således være særlig effektiv fordi det er vanskelig for en arbeidstaker å bevise at indirekte diskriminering har funnet sted. Dette vil også gjelde i oppsigelses og avskjedssaker.

Trakassering på grunnlag som nevnt i aml.§13-1(1) anses som diskriminering, jf aml§13-1(2). Etter forarbeidene⁷⁴ foreligger det trakassering ” når en uønsket adferd finner sted med den hensikt eller virkning å krenke en annens verdighet”. Etter de samme forarbeidene skal trakasseringbegrepet tolkes i samsvar med aml.§3-4 (3). Bestemmelsen er en

⁷¹ Ot.prp. nr.104(2004-2005) pkt.8.3.5.3

⁷² Ot.prp. nr 49 (2004-2005)

⁷³ Arbeidsrett.no(2006), s 575

⁷⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005)

videreføring av den tidligere aml.§12. og gjelder andre trakasseringsgrunner enn det som følger av aml. kapitel 13. Spørsmålet om hvilke bevisbyrdekrav som skal stilles på dette område vil jeg komme tilbake til nedenfor.

Rettspraksis og forarbeider tilsier at trakasseringsbegrepet skal være vidt., med det er ikke like klart om det skal være en subjektiv eller objektiv norm.⁷⁵ Jeg går imidlertid ikke inn i denne problemstillingen da den faller utenfor oppgavens hovedtema.

Diskriminering på grunn kjønn og etnisitet mv. følger likestillingsloven og diskrimineringsloven, jf aml.§§13-1 (4)(5)

4.4.6 Diskrimineringsgrunnlag etter diskrimineringsloven.

I diskrimineringsloven§10 gjelder det en delt bevisbyrde ved brudd på diskrimineringsforbudet i §4. Diskriminering inkluderer både direkte og indirekte diskriminering på grunn av etnisitet, nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge, språk, religion eller livssyn. Bestemmelsen er uttømmende. Den gjelder på arbeidslivets område jf §3(1) siste pkt. Det vil gjelde en delt bevisbyrde ved trakassering på grunn av de nevnte grunnlag, og også etter instruks, jf §§5,6. Det samme gjelder ved forbud mot å innhente opplysninger ved ansettelser, og ved forbud mot gjengjeldelse, jf §§7,9. En delt bevisbyrde ved gjengjeldelse er begrunnet i at gjengjeldelse kan ha nær sammenheng med en forutgående diskrimineringssak.

4.4.7 Diskrimineringsgrunnlag etter likestillingsloven.

Delt bevisbyrde gjelder ved direkte og indirekte forskjellsbehandling på grunn av kjønn jf.§16 Loven gjelder derfor ved diskriminering av både menn og kvinner.

⁷⁵ Rt-2004-1844

4.4.8 Oppsummering

De nevnte reglene i diskrimineringslovgivningen medfører at det gjelder en delt bevisbyrde når en arbeidstaker sies opp eller avskjediges på grunn av disse forhold. Arbeidstakeren kan fremlegge opplysninger som gir grunn til å tro at diskriminering har funnet sted, slik at arbeidsgiver må sannsynliggjøre at det ikke er tilfellet.

4.4.9 Forbud mot gjengjeldelse som følge av varsling i aml.§2-4

Aml.§2-4 som oppstiller et forbud mot gjengjeldelse som følge av varsling er ennå ikke trådt i kraft.⁷⁶ Bestemmelsen er likevel av interesse i forhold til oppgavens tema.

Situasjonen som kan oppstå er at en person blir oppsagt eller avskjediget fordi vedkommende har varslet om kritikkverdig forhold i virksomheten. Dette vil være en gjengjeldelse i strid med loven. At oppsigelsen eller avskjeden utgjør en slik gjengjeldelse er imidlertid ikke lett å bevise. Spørsmålet blir således hvilke bevisbyrdekrav som gjelder i denne situasjonen.

Etter aml.§2-4(1) har arbeidstaker rett til å varsle om kritikkverdige forhold i virksomheten. I aml. §2-4(2) oppstilles det et forbud mot gjengjeldelse som følge av varsling.

Med ”gjengjeldelse” mener man alle former for gjengjeldelse, det vil si trakassering, diskriminering, oppsigelse, avskjed mv.⁷⁷ Det avgjørende er for bestemmelsens virkeområde om handlingen kan ses som en følge av og motreaksjon på varslingen.⁷⁸

Å varsle om trakassering rammes av forbudet mot gjengjeldelse etter aml.§2-4. Da kommer delt bevisbyrde til anvendelse, jf aml.§13-8. Dersom en arbeidstaker varsler om

⁷⁶ Bestemmelsen er i det nye forslaget foreslått endret til tre bestemmelser; i tillegg til aml.§2-4 er det foreslått en ny §2-5 om vern mot gjengjeldelse ved varsling, og en ny §3-6 om en plikt til å legge til rette for varsling, jf. Ot.prp. nr 84(2005-2006)

⁷⁷ Ot.prp. nr. 49(2004-2005) s.133

⁷⁸ Ot.prp. nr.104(2002-2003) s. 47

kritikkverdige forhold ved virksomheten og deretter sies opp eller blir avskjediget, kan arbeidstaker fremlegge opplysninger som gir grunn til å tro at det er en gjengjeldelse i strid med loven, slik at arbeidsgiver må sannsynliggjøre at slik trakassering ikke har funnet sted, jf aml.§13-8, jf. § 2-4.

Hensynet bak varslingsregelen er å effektivisere diskrimineringsvernet. Det er arbeidsgiver som har best tilgang til sakens opplysninger.⁷⁹ Det kan være vanskelig for arbeidstakeren å bevise at oppsigelsen er en følge av en forutgående varslings sak, og det er mange som ikke kommer tilbake til virksomheten etter en slik prosess.

Det er bare i varslings saker om diskriminering etter aml.§13-1 det gjelder en delt bevisbyrde. I det nye lovforslaget er det foreslått en regel i §2-5(1)2 pkt. som skal ramme videre. Bakgrunnen er, i følge forarbeidene,⁸⁰ at det er arbeidsgiver som har best tilgang til opplysninger, og som vil ha best forutsetninger for å bidra med bevis. Bestemmelsen vil imidlertid stille strengere krav til varslings måten jf ”forsvarlig måte”. En delt bevisbyrde kan likevel gjøre det lettere for arbeidstakere å nå frem med en påstand om ulovlig gjengjeldelse.

Varslingsbestemmelsen må sees i sammenheng med arbeidstakers plikt til å varsle om trakassering eller diskriminering på arbeidsplassen, jf aml.§2-3(2) d) Bestemmelsen gjelder varslings internt i virksomheten, og den vil være oppfylt ved å gi beskjed til arbeidsgiver/verneombud. Selv om det eksisterer en slik plikt for arbeidstaker er det arbeidsgivers overordnede ansvar å legge til rette for at trakassering ikke skjer på arbeidsplassen jf aml.§§4-3,13-1. Det forutsettes imidlertid at arbeidsgiver er blitt kjent med forholdet, og i den henseende er §2-3(2) d) sentral.

⁷⁹ Ot.prp. nr 34(2000-2001) kap.8.5

⁸⁰ Ot.prp. nr 84(2005-2006) kap.8.3.3

4.5 Bevisbyrdekrav på det psykososiale området utenfor de lovfestede tilfeller.

Ovenfor har jeg sett på området der det eksisterer lovbestemte bevisbyrderegler. Området for det psykososiale området er vidt, og forskjellige typetilfeller kan oppstå. Man kan bli trakassert og diskriminert på grunn av andre grunner enn de lovbestemte grunnlag. Dette kan sies å være grensetilfeller på området.

Problemstillingen er hvilke beviskrav som gjelder i oppsigelses- og avskjedssaker på det psykososiale området utenfor de lovfestede tilfellene. Temaet er innholdet i bevisbyrden, og om det er holdepunkter for å oppstille unntak fra overvektsprinsippet i disse sakene.

Typetilfeller som kan oppstå fører til er oppsigelse og avskjed på grunn av trakassering eller mobbing. Det kan skyldes samarbeidsproblemer, personlighet, eller at det kan være at det ikke eksisterer noen åpenbar årsak for oppsigelsen eller avskjeden. Sakene er kompliserte, og bevisene er ofte utilgjengelige. Ofte ligger det uløste konflikter bak en slik sak. Det kan være vanskelig for en arbeidstaker å bevise at personen i realiteten har blitt støtt ut av virksomheten. Konflikten har kanskje startet som en saklig diskusjon, men der den til slutt har blitt personorientert.⁸¹

Det oppstilles plikter til det psykososiale arbeidsmiljø i aml.§3-4. Bestemmelsen er et utslag av kravet til et fullt forsvarlig arbeidsmiljø, jf aml. §4-1(1) Etter aml.§3-4(3) skal arbeidstaker ikke utsettes for ” *trakassering eller annen utilbørlig opptreden*” Det er slått fast i forarbeidene⁸² at begrepet skal være vidt. Andre opphørsgrunnlag etter bestemmelsen er der arbeidstaker har blitt isolert og dermed blitt støtt ut av virksomheten. Det kan også være trusler av forskjellig slag, jf §3-4(1)(2)(4)

⁸¹ Harald Pedersen(2003)kap.5

⁸² Ot.prp. nr 49(2004-2005) s.100

Arbeidsgivers ansvar er ikke eksplisitt beskrevet i loven, men arbeidsgiver har etter lovens system, ansvar for det totale arbeidsmiljø. Arbeidsgiver har således ansvar for at konflikter søkes løst på et tidligst mulig tidspunkt.⁸³

Jeg verken funnet høyesterettspraksis eller underrettspraksis der retten eksplisitt tar stilling til hvilke bevisbyrdekrav som gjelder i disse tilfellene. Først når trakasseringen er straffbar, uttaler retten at det må være krav om kvalifisert sannsynlighetsovervekt for å si opp eller avskjedige den ansatte⁸⁴

Problemet blir synlig der oppsigelsen eller avskjeden er begrunnet i ordrenekt. Hvis arbeidstakeren hevder at den reelle begrunnelsen for opphør av arbeidsforholdet er psykososiale forhold blir spørsmålet hvilke bevisbyrdekrav man skal kreve i denne saken.

4.5.1 Rettspraksis

LB-2005-61697 gjaldt en rådgiver som ble sagt opp på grunn av samarbeidsproblemer og faglige mangler i arbeidsutførelsen. Hun hevdet hun var blitt oppsagt på grunnlag av arbeidsmiljøproblemer som ikke skyldes henne selv. Retten kom til oppsigelsen var saklig. Retten hadde ikke eksplisitte uttalelser om beviskravet, men uttalte at det var ”sannsynliggjort” at hun var skyld i samarbeidsproblemene.

Ordet ”sannsynliggjort” tyder på at overvektsprinsippet gjelder, men det er ikke klart. Retten uttalte imidlertid at når arbeidstaker påstår å ha blitt mobbet eller utsatt for dårlig arbeidsmiljø, må han/hun bevise dette. Det samsvarer med hovedregelen i sivilretten ved at saksøker har en bevisføringsplikt og tvilsrisiko. Den som reiser saken må fremlegge dokumentasjon på at mobbing har funnet sted. Saksøker har tvilsrisiko ved at det går ut

⁸³ Fougner(2006) s. 220

⁸⁴ LG-2005-122048

over vedkommende når spørsmålet om hva som er mest sannsynlig fortsatt fremtrer som uklart når bevisene er vurdert.⁸⁵

I andre avgjørelser jeg har sett uttaler retten at ”her anser jeg det for overveiende sannsynlig” eller ”ikke sannsynliggjort” at mobbing har funnet sted.⁸⁶ I rettspraksis⁸⁷ er det generelt lagt til grunn at formuleringen ”overveiende sannsynlig” i juridisk sammenheng vanligvis innebærer krav om vanlig sannsynlighetsovervekt.

I andre avgjørelser uttaler retten at man finner et saksforhold ”godtgjort”.⁸⁸ Utrykket ”godtgjort” kan ut fra en naturlig språklig forståelse tyde på et beviskravet er strengere enn det som følger av overvektsprinsippet. Likevel er det ikke alltid det er ment slik. I teorien uttales det at selv om begrepet ”godtgjort” anvendes kan ikke det alltid tolkes slik at det må kreves mer enn vanlig sannsynlighetsovervekt.⁸⁹ Med mindre retten har eksplisitte uttalelser om beviskravet er det ikke sikkert at de mener kvalifisert sannsynlighetsovervekt i slike tilfeller. Det kan begrunnes i at heller ikke domstolene alltid er bevisste hvilke uttrykk de anvender.

4.5.2 Peppes-dommen

RG.2003 s.1588 gjaldt en kokk som ble sagt opp, og senere avskjediget på grunn av ordrenekt, trussel og samarbeidsproblemer. Det rettslige spørsmål var om oppsigelsen/avskjeden var rettmessig. Retten kom til at begge deler var urettmessig. Retten delte seg i spørsmålet om avskjeden kunne utgjøre en gyldig oppsigelse. Flertallet kom til at avskjeden ikke utgjorde en saklig subsidiær oppsigelse, mens mindretallet kom til at den var det.

⁸⁵ Ot.prp. nr 35(2004-2005) s.52

⁸⁶ LB-2005-61697, LB-2001-2839

⁸⁷ Rt-1999-1473

⁸⁸ Rt-1993-616

⁸⁹ Skoghøy(2001) s. 683, Hov(1999) s. 434

Bakgrunnen var et dårlig arbeidsmiljø der kokken hadde vært del av en mindre fraksjon som var fagorganiserte og mer opptatt av rettigheter og plikter enn flertallet. Kokken hadde også vært mye syk, noe som hadde vært et irritasjonsmoment for ledelsen i bedriften.

Grunnlaget for oppsigelsen og avskjeden var ytre sett en krangel, en unnlatelse av å skru av en ovn etter vakt, nektelse av lage en viss mengde rømmedressing og kaste noen pizzabunner.

I forhold til om avskjeden kunne utgjøre en subsidiær oppsigelse vurderte retten de enkelte episodene hver for seg. Angående krangelen uttalte retten at en slik krangel ikke er akseptabelt fra ansattes side. Likevel uttalte de ” men i dette tilfellet *vet man for lite* om krangelen på kjøkkenet og hvem som var mest å bebreide for den”(min utheving) I forhold til episoden med rømmedressing uttalte retten at det var ”*uklart*” om det var nødvendig med den beordrede mengde av rømmedressing. At retten finner situasjonene uklare viser at slike saker er vanskelig bevismessig, men uttalelsene det sier ikke noe om hvilket beviskrav som anvendes.

Retten kom til at nektelsen av å kaste pizzabunnene var en ordrenekt i seg selv. Retten uttalte imidlertid at” *Han var nettopp kommet tilbake etter et lengre sykefravær - vel vitende om at han var sagt opp og bare fikk ”arbeide på nåde” mens oppsigelsessaken verserte. Vitner har forklart at han allerede forut for oppsigelsen var svært nervøs og skalv på hendene når han ble tilsnakket, og den nye situasjonen var ikke egnet til å gjøre han mindre nervøs. Man vet ikke hvordan den unge og uerfarne vaktsjefen forholdt seg på sin første morgenvakt, men flertallet legger til grunn at A i hvert fall ble ute av stand til å takle situasjonen og bare mer og mer fastlåst. Flertallet ser den siste episoden mer som et utslag av sykdom og maktesløshet enn som obstruksjon og ordrenektelse*”

Når retten anser ordrenekten som utslag av sykdom og maktesløshet kan det tyde på at de har sett den underliggende arbeidsmiljøkonflikten som årsak til kokkens handlinger. Etter

min mening virker det som om retten i bevisvurderingen tilegger det dårlige arbeidsmiljøet vekt i arbeidstakers favør. Retten har imidlertid ikke eksplisitte uttalelser om dette. Dersom retten legger vekt på det psykososiale arbeidsmiljø som moment for å skjerpe beviskravet skjer ikke dette åpenlyst. Det er derfor ikke grunnlag til å slå fast at retten fraviker overvektsprinsippet. Dommen illustrerer imidlertid at årsaksbildet i disse sakene er vanskelig og at mye avhenger av hvordan man vurderer saksforholdet.

4.5.3 Oppsummering

Som en oppsummering taler mangel på eksplisitte uttalelser i rettspraksis for at hovedregelen om sannsynlighetsovervekt gjelder i opphørssaker der grunnlaget er psykososiale forhold. Spørsmål blir om det finnes veiledning til spørsmålet i andre rettskilder.

4.5.4 Formålsbetraktninger

I forarbeidene⁹⁰ til aml.§15-7 uttales det at saklighetskriteriet må tolkes i tråd med den sosiale utvikling i samfunnet. Når loven har oppstilt plikter for arbeidsgiver i lovens kapittel 4, kan det tyde på at det kan få utslag for hvilke beviskrav som skal gjelde der en arbeidstaker blir oppsagt eller avskjediget på grunn av psykososiale forhold.

Det kan anføres at det er arbeidsgiver som er nærmest til å sikre bevis i slike saker. Det kalles bevissikringshensynet, og er i teorien⁹¹ blitt anført som en grunn til oppstille et unntak fra overvektsprinsippet i visse tilfeller. Hensynet kan få betydning der arbeidsgiver har brutt pliktene etter loven, som for eksempel å ikke undersøke hva en samarbeidskonflikt består i, slik at han/hun selv må bære bevisrisikoen for dette. Det kan dermed være rimelig å pålegge arbeidsgiver et skjerpet beviskrav for å si opp en ansatt på grunn av ordrenekt, men der grunnlaget i realiteten er psykososiale forhold.

⁹⁰ Ot.prp. nr. 41(1975-1976) s.72

⁹¹ Skoghøy(2001) s. 688

På den annen side har arbeidstaker en medvirkningsplikt etter aml.§2-3 til å melde fra om mobbing eller trakassering. Arbeidsgiver har ikke alltid tilstrekkelig oversikt over alle forholdene i bedriften. Kanskje har ikke arbeidsgiver muligheter til å se problemet, eller at de kun ser utslaget av en konflikt, som en ordrenekt fra arbeidstakerens side. Det kan tilsi at arbeidsgiver ikke bør pålegges et sterkere beviskrav enn det som følger av overvektsprinsippet. Arbeidsgiver har likevel det overordnede ansvar for det psykososiale arbeidsmiljøet. Det kan støttes opp av formålet med stillingsvernsbestemmelsene som sier at loven skal ”trygge ansettelsesforhold”, jf aml.§1-1 b)

Formålet med lov og stillingsvernsregler kan derfor tilsi at man skal kreve kvalifisert sannsynlighetsovervekt i oppsigelses- og avskjedssaker grunnet psykososiale forhold.

4.5.5 Særlig om avskjedssaker

I forhold til avskjedstilfellene er det i rettspraksis⁹² og i teori⁹³ tatt til orde for et skjerpet beviskrav. Dette er begrunnet i at avskjed *i seg selv* er en reaksjon som rammer arbeidstaker hardt, jf. Hansa-dommen. Det kan, i likhet med straffbare forhold, være moralsk belastende å bli avskjediget på grunn av egen atferd, samarbeidsproblemer m.v. Det taler for et skjerpet beviskrav i disse sakene.

4.5.6 Juridisk teori

En ordrenekt som reelt er begrunnet i psykososiale forhold har ofte grunnlag i personlige motsetninger. Det kan føles stigmatiserende å bli sagt opp på grunn av slike forhold. I juridisk teori⁹⁴ er det derfor tatt til orde for at en oppsigelse eller avskjed som er begrunnet i klanderverdige forhold, som samarbeidsproblemer, bør bevises med kvalifisert sannsynlighetsovervekt.

⁹² LG-2001-696

⁹³ Henning Jakhell(2006) s. 477

⁹⁴ Fanebust(2001) s. 307

4.5.7 Prinsipper i sivilretten

Et grunnleggende hensyn i sivilretten er at avgjørelser skal treffes på best mulig grunnlag. Det ivaretas med prinsippet om kontradiktorisk saksbehandling. Det betyr at begge parter skal få gjøre rede for sitt syn på de faktiske omstendigheter i saken, og få adgang til å uttale seg om hverandres anførsler.⁹⁵ Prinsippet er viktig for å ivareta en tillitsvekkende prosess. Når sakene på det psykososiale området er kompliserte og vanskelig bevismessig taler det for at begge parter bør ivaretas med et beviskrav der begge parter har samme muligheter til å nå frem med sine påstander. Det overordnede mål er å få fastlagt hva som i realiteten har skjedd. Det er som nevnt overvektsprinsippet som antas å ivareta hensynet til flest mulige riktige avgjørelser, jf avsnitt 2.1.

Som en videreføring av det kontradiktoriske prinsipp er det et krav om at partene skal være likestilte og utrustet med de samme beføyelser i prosessen, også kalt parts - og likhetsprinsippet⁹⁶ Prinsippet taler for å anvende overvektsprinsippet fordi det sikrer likhet i prosessen. Dersom man opererer med et krav om kvalifisert sannsynlighetsovervekt vil arbeidstaker bli begunstiget ved at arbeidsgiver må bevise med sterkere grad av sannsynlighet at opphørssaken er saklig begrunnet, eller at det forligger vesentlig brudd på arbeidsavtalen. Man kan hevde at dette ikke er rettferdig ovenfor arbeidsgiver. Både kontradiksjonsprinsippet og parts- og likhetsprinsippet kan derfor tale mot et skjerpet beviskrav i disse sakene.

På den annen side har ikke arbeidstaker de samme muligheter til å sikre bevis som arbeidsgiver har. En uriktig avgjørelse vil ramme arbeidstaker hardere enn en uriktig avgjørelse for arbeidsgiver. Å bli sagt opp eller avskjediget på grunn av psykososiale forhold kan som nevnt være stigmatiserende og sosialt belastende. De bevismessige vanskeligheter man støter på fordi årsaksbildet er vanskelig støtter også opp om dette.

⁹⁵ Skoghøy(2001) s.425

⁹⁶ Skoghøy(2001) s. 430

Riktignok kan det gå hardt utover arbeidsgiver å tape i en slik sak, men konsekvensen for arbeidstaker kan være fatale.

Når hensikten for kontradiksjonsprinsippet er å sikre best mulig grunnlag for avgjørelser taler det etter min mening for at ta hensyn til at den ene part i utgangspunktet ikke har de samme mulighetene for å sikre bevis som den andre part har. Dette gjør seg særlig gjeldende i saker på det psykososiale området der arbeidstaker vil ha problemer med å bevise de reelle motiver bak oppsigelsen eller avskjeden. Arbeidstaker vil ha vanskeligheter med å bevise hva som har foregått ”i hodet” på arbeidsgiver. Etter min mening vil et skjerpet beviskrav i disse sakene derfor sikre et best mulig grunnlag for avgjørelsene.

4.5.8 Kantinedommen

I rettspraksis der opphørsgrunnlaget er straffbare forhold er det slått fast at det gjelder et skjerpet beviskrav, jf avsnitt 3.2 Spørsmålet er om resultatet i disse avgjørelsene gir veiledning til spørsmålet om hvilket beviskrav man skal legge til grunn i opphørssaker der grunnlaget er psykososiale forhold.

Saksforholdet i sakene er forskjellig ved at psykososiale forhold ikke alltid er straffbart, noe som kan tilsi at det er vanskelig å trekke paralleller mellom sakene.

I Kantinedommen uttalte imidlertid retten at beviskravet måtte skjerpes i takt med beskyldningen ”*vanærende*” karakter. Begrepet *vanærende* er vidt og tyder på at noe er krenkende, jf kapitel. Ettersom ”*vanærende*” er et vidt begrep kom jeg til at beviskravet kunne sies å gjelde for andre klanderverdige forhold, begrunnet i at slike saker også kan være infamerende og moralsk belastende.

Spørsmålet som reises er om psykososiale forhold kan sies å være ”*vanærende*” slik at det er grunnlag for å skjerpe beviskravet i disse sakene. Juridisk teori⁹⁷ har ansett slike forhold for å være klanderverdige. Det kan tilsi at et slikt beviskrav også må sies å gjelde her.

Det psykososiale området er som nevnt komplekst, og mange typetilfeller kan oppstå. Arbeidstakeren sies for eksempel opp på grunn av ordrenekt, mens det reelle grunnlag er psykososiale forhold. Å bli oppsagt på grunn av ordrenekt trenger imidlertid ikke å være krenkende i seg selv. Samtidig kan opphørssaker som reelt er begrunnet i samarbeidsproblemer være krenkende. Det vil være moralsk belastende for personen å miste arbeidet sitt på grunn av personlige motsetninger mv. Det taler for at slike forhold er vanærende.

At begrepet ”vanærende” er vidt, taler for at det i de psykososiale tilfellene må oppstilles et krav om kvalifisert sannsynlighetsovervekt. Men også her kan det oppstå grenseproblemer for hva som skal anses som klanderverdig, jf avsnitt 3.2.2 Videre blir det et spørsmål om dette bare skal gjelde i avskjedssaker, eller om det også inkluderer oppsigelsestilfellene jf drøftelser i avsnitt 3.2.4

At en oppsigelse eller avskjed rammer arbeidstakeren hardt taler for at man kan oppstille et skjerpet beviskrav på det psykososiale området. Kantinedommen og juridisk teori støtter opp om dette. Men fordi Kantinedommen i utgangspunktet gjelder straffbare forhold gir den bare begrenset veiledning for spørsmålet.

4.5.9 Oppsummering

Mangel på lov og eksplisitte uttalelser i rettspraksis taler for at det vanlige krav om sannsynlighetsovervekt må gjelde i opphørssaker basert på psykososiale forhold. Samtidig taler juridisk teori, formål med lov, og grunnprinsipper i sivilretten for at man kan kreve kvalifisert sannsynlighetsovervekt. At rettspraksis vedrørende straffbare forhold har slått

⁹⁷ Fanebust(2001) s.309

fast at det gjelder et skjerpet beviskrav for klanderverdige forhold taler for at det også må sies å gjelde i saker om psykososiale forhold. Etter en avveining er jeg kommet til at det trolig gjelder et skjerpet beviskrav i disse sakene.

4.6 Hvilke beviskrav bør det være i oppsigelses- og avskjedssaker begrunnet i arbeidstakers forhold på det psykososiale området.

Ovenfor antydde jeg en presumsjon for at det gjelder et kvalifisert beviskrav i opphørssaker på det psykososiale området. Rettstilstanden er ikke utpreget sikker på grunn av manglende regulering av spørsmålet i lov og rettspraksis, men jeg legger likevel til grunn en slik presumsjon den videre drøftelsen.

Spørsmålet som reises er om et skjerpet beviskrav er en god rettstilstand. Derneft kan det reises spørsmål hvilken bevisbyrderregel som bør gjelde på det psykososiale området.

Problemet at saksøker ofte vil ha vanskelig for å bevise den reelle årsak bak oppsigelsen eller avskjeden. Det vil således være et behov for en bevisbyrderregel som tar hensyn til at sakene er kompliserte og vanskelig bevismessige. Videre bør det tas hensyn til både arbeidsgivers og arbeidstakers interesser. I det følgende vil jeg vurdere kravet om kvalifisert sannsynlighetsovervekt opp mot andre bevisbyrdekrav.

4.6.1 Kvalifisert sannsynlighetsovervekt og omvendt bevisbyrde.

Hovedbegrunnelsen for en omvendt bevisbyrde er at det gir arbeidstaker vern mot andre oppsigelsesgrunner blir brukt som påskudd fra arbeidsgiver.⁹⁸ Dette er innført i arbeidsmiljøloven ved sykdom, svangerskapspermisjon eller militærtjeneste. Arbeidstakeren beskyttes i disse tilfellene fordi vedkommende er i en utsatt situasjon.

⁹⁸ Arbeidsrett.no(2006) s. 915 note. 7.

Tilsvarende hensyn kan gjøres gjeldende i saker der psykososiale forhold er den reelle årsak for en oppsigelse eller avskjed. Kanskje er den egentlige årsaken til opphøret at arbeidstakeren er dårlig likt, har en upassende personlighet, eller at han/hun rett og slett ikke passer inn i arbeidsmiljøet. Den tilsynelatende årsaken til oppsigelsen eller avskjeden kan være ordrenekt, men at den i realiteten har sin årsak i underliggende konflikter på arbeidsplassen. Det kan skyldes at arbeidsgiver i sine subjektive vurderinger, bevisst eller ubevisst, har vektlagt dette. Det vil være svært vanskelig for en arbeidstaker å nå frem mot arbeidsgiver i slike saker da beslutningene er basert på arbeidsgivers subjektive vurderinger. I slike situasjoner vil arbeidstaker befinne seg i en utsatt posisjon. Det i seg selv kan tale for å kreve omvendt bevisbyrde i slike saker.

Omvendt bevisbyrde er begrunnet i at det er den som har best tilgang til sakens opplysninger og bevis, som bør ha tvilsrisikoen. I teorien⁹⁹ kalles dette bevissikringsmomentet. Hensynet bygger på at når arbeidsgiver er den som har *”hatt mulighet og oppfordring til å sikre beviset for en faktisk omstendighet, mens den annen ikke har hatt tilsvarende mulighet og oppfordring, må beviset gå utover den som kunne og burde ha sikret beviset”*.¹⁰⁰ Derfor krever man dette når arbeidstaker er sykemeldt, og ikke har muligheter til å sikre bevis i samme grad som arbeidsgiver har, jf aml.§15-8.

Man kan hevde at en omvendt bevisbyrde på dette området kan sette arbeidsgiver i en vanskelig situasjon. Det vil ofte være vanskelig for en arbeidsgiver å se hva som er de reelle grunnene for at en eventuell konflikt har oppstått. Kanskje har ”den sterke part” i konflikten fått med seg arbeidsgiver slik at ”den svake part” i realiteten er blitt trakassert. Følgene kan bli en ordrenekt fra arbeidstakerens side. Konflikten har således eskalert.¹⁰¹ Kanskje har ikke arbeidsgiver sett problemet før en ordrenekt er et faktum, og det foreligger tilstrekkelig saklig grunn til å si opp den ansatte. Bevissikringshensynet vil her tilsi at arbeidsgiver må gå inn å undersøke saken på et tidligere stadium. Ved å innføre

⁹⁹ Skoghøy(2001) s.688 flg.

¹⁰⁰ Skoghøy(2001) s. 688

¹⁰¹ Pedersen(2002) s. 72.

omvendt bevisbyrde kan man effektivisere arbeidsgivers plikter til å ivareta arbeidsmiljøet og oppfylle sin drøftelsesplikt etter aml. kapitel 4. En omvendt bevisbyrde vil således kunne ha en preventiv effekt.

Når man opererer med kvalifisert sannsynlighetsovervekt pålegger man også arbeidsgiver et strengt beviskrav. Årsaken til at man krever kvalifisert sannsynlighetsovervekt er ofte at det å miste arbeidet sitt kan være svært stigmatiserende og vanærende for arbeidstaker. Særlig gjelder dette dersom forholdet er av straffbar art, eller er klanderverdig. Man vil kanskje få problemer med å få seg nytt arbeid jf avsnitt. 5.2.5. Et krav om kvalifisert sannsynlighetsovervekt medfører at arbeidsgiver må ha et sterkere grunnlag for å bevise noe, men bevisføringsansvaret flyttes ikke helt over på arbeidsgiver, slik som ved omvendt bevisbyrde.

At utfallet av en uriktig dom kan gå hardere utover den ene part kan anføres som et argument for å innføre omvendt bevisbyrde på dette området. Hensynet er også anført i teorien,¹⁰² særlig som grunnlag for å kreve kvalifisert sannsynlighetsovervekt. Man vil kanskje få problemer med å få seg nytt arbeid. Særlig vil dette hensynet gjøre seg gjeldende ved avskjed der man mister arbeid og lønn på dagen. At hensynet kan ivaretas med en kvalifisert sannsynlighetsovervekt kan imidlertid tilsi at det ikke vil være nødvendig å gå så langt som å innføre en omvendt bevisbyrde.

At disse sakene på området er uklare og komplekse kan tale for at man skal beholde kravet om kvalifisert sannsynlighetsovervekt. Arbeidsgiver kan slite med å finne ut av underliggende konflikter. Kanskje vil det å innføre omvendt bevisbyrde i slike tilfeller føre til en konfliktøkning i virksomheten. Begrunnelsen for å innføre en omvendt bevisbyrde er i stor grad basert på at noen arbeidstakere skal ha et særskilt vern. Det å pålegge arbeidsgiver et ansvar med mindre de motbeviser at det ikke er tilfelle kan i disse sakene være for strengt. Sakene er i stor grad preget av følelser, antipatier, og uklare forhold.

¹⁰² Skoghøy(2001) s.684

Det kan også være rettsikkerhetsmessige betenkelig. Når man går ut fra at arbeidsgiver er ansvarlig kan det komme i konflikt med det allmenne prinsippet om at man skal anses uskyldig inntil det motsatte er bevist. Det kan bli en uforutsigbar situasjon for arbeidsgiver.

At situasjonen blir uforutsigbar for arbeidsgiver kan underbygges av at de er avhengig av å drive en virksomhet. En omvendt bevisbyrde kan føre til at arbeidsgiver tar pliktene sine mer alvorlig, men det ville også kanskje medføre en rekke erstatningsdommer for arbeidsgiver for forhold de ikke kunne ha gjort noe med i utgangspunktet. Kanskje vil arbeidsgiver heller benytte seg av midlertidige ansatte, noe som igjen vil gå utover arbeidsmiljøet på grunn av mange utskiftninger og omlegginger. I stor grad vil uansett en kvalifisert sannsynlighetsovervekt føre til at arbeidsgiver oppfyller sine plikter etter loven.

4.6.2 Kvalifisert sannsynlighetsovervekt og overvektsprinsippet.

En regel om kvalifisert sannsynlighetsovervekt er en skjerping av beviskravet i forhold til hovedregelen om sannsynlighetsovervekt. Etter overvektsprinsippet er det tilstrekkelig at det foreligger sannsynlighetsovervekt, det vil si mer enn 50 % sannsynlighet for en av partene, for at et bestemt faktum legges til grunn, jf avsnitt.2.1

En fordel med overvektsprinsippet er at det sikrer likhet for partene for å nå frem med sine påstander. For arbeidsgiver kan det derfor være en fordel å følge overvektsprinsippet i disse sakene¹⁰³ Samtidig kan det anføres at en slik regel ikke være rettferdig i en oppsigelse eller avskjedssak fordi styrkeforholdet mellom partene i utgangspunktet ikke er jevnt. Det vil ofte være arbeidsgiver som kan tjene på at bevissituasjonen er uklar. Dette kan også begrunnes i det nevnte bevissikringshensynet. Det er arbeidsgiver som har best tilgang til sakens opplysninger, og som derfor bør ha et større ansvar for å sikre bevisene.

Det kan anføres at et krav om sannsynlighetsovervekt ikke vil ta hensyn til at en uriktig avgjørelse i større grad vil gå utover arbeidstakeren. Selv om arbeidsgiveren vil ha behov

¹⁰³ Hov(1999) s. 268

for et visst vern, vil konsekvensene for arbeidstakeren ofte være fatale. I situasjoner der psykososiale forhold er den reelle årsak til en oppsigelse eller avskjed vil det være behov for å ivareta arbeidstakernes interesser på grunn av bevissikringshensynet, og forskjeller i konsekvenser av en uriktig dom. Et skjerpet beviskrav vil derfor ivareta arbeidstaker bedre enn om man skulle følge overvektsprinsippet. Hensynene samsvarer med juridisk teori.¹⁰⁴

4.6.3 Oppsummering

En omvendt bevisbyrde vil i slike saker være effektivt ved at den kan verne arbeidstaker. Likevel kan bevisbyrden være for streng ved at den kan føre til økte konflikter i virksomhene, noe som igjen kan gå utover arbeidsmiljøet. Da vil den tiltenkte effektiviteten svekkes. Å følge overvektsprinsippet i disse sakene vil sikre likhet i prosessen. Samtidig kan arbeidstaker ha problemer med å nå frem med sine påstander fordi arbeidsgivers motiver kan være skjulte eller fordi bevisene er utilgjengelige. Samlet tilsier hensynene at man bør bevare et skjerpet beviskrav i disse sakene.

4.6.4 Kvalifisert sannsynlighetsovervekt og delt bevisbyrde.

Spørsmålet i det følgende er hvordan en delt bevisbyrde vil stille seg i forhold til et skjerpet beviskrav i disse sakene. Delt bevisbyrde vil være en mellomform av overvektsprinsippet og omvendt bevisbyrde.

Både delt og omvendt bevisbyrde er regler der bevisbyrden i realiteten påhviler arbeidsgiver og ikke saksøker slik hovedregelen er i alminnelig prosessrett. Men i motsetning til hva som er tilfellet ved omvendt bevisbyrde, må saksøker ved delt bevisbyrde fremlegge opplysninger som gir grunn til å tro at det har forekommet trakassering. Hvis arbeidstaker klarer dette, går bevisbyrden over på arbeidsgiver. Arbeidstaker vil fortsatt ha en bevisføringsplikt.

¹⁰⁴ Skoghøy(2001) s.684

Sakene på det psykososiale området er som nevnt kompliserte, og problemet er ofte at arbeidstaker ikke når frem med sine påstander på grunn av bevismessige vanskeligheter. Dersom man i disse sakene opererer med en delt bevisbyrde kan en arbeidstaker som blir oppsagt på grunn av ordrenekt som reelt begrunnet i psykososiale forhold, kan vedkommende fremlegge opplysninger som gir grunn til å tro at det er årsaken, slik at arbeidsgiver må motbevise at det ikke er tilfellet. "Grunn til å tro" angir en lempeligere standar enn det som følger av overvektsprinsippet. Selv om det må være visse ytre omstendigheter som stadfester at trakassering/mobbing har funnet sted, vil arbeidstaker lettere kunne nå frem med sine påstander. Arbeidstaker får således en styrket posisjon enn det som følger av overvektsprinsippet.

En regel som krever kvalifisert sannsynlighetsovervekt lempet ikke på bevisføringsplikten for den ansatte. Det vil derfor fortsatt være vanskelig for arbeidstaker å nå frem med sine påstander, noe som kan medføre til at mange saker ikke kommer opp. Arbeidstaker kan dermed få en sterkere posisjon ved delt bevisbyrde enn ved et skjerpet beviskrav.

4.7 Delt bevisbyrde i oppsigelses - og avskjedssaker basert på psykososiale forhold?

Jeg har antydnet en presumsjon om det trolig gjelder et krav om kvalifisert sannsynlighetsovervekt i opphørssaker på det psykososiale området. Spørsmålet i det følgende er om det bør gjelde en delt bevisbyrde i opphørssaker som reelt er begrunnet i psykososiale forhold.

Det kan anføres hensyn for å operere med en delt bevisbyrde i oppsigelses- og avskjedssaker der opphørsgrunnlaget er psykososiale forhold. Problemet er som nevnt at arbeidstaker har vanskelig for å bevise de underliggende forhold og motiver bak avgjørelsene. Arbeidstaker vil være i en utsatt posisjon fordi det er vanskelig å bevise hva som har foregått i "hodet" på arbeidsgiver. Dersom arbeidstakeren får muligheter til å fremlegge opplysninger som gir grunn til å tro at den reelle oppsigelsesgrunnen er mobbing, trakassering og lignende, må arbeidsgiver sannsynliggjøre at dette ikke er

tilfellet. Arbeidsgiver får således tvilsrisikoen. Etter vanlige regler ville det ha vært arbeidstaker som måtte ha bevist dette. Med en delt bevisbyrde kan arbeidstaker få en reell mulighet til å nå frem i disse sakene.

En begrunnelse for å innføre delt bevisbyrde i diskrimineringslovgivningen er det ujevne styrkeforholdet mellom partene, noe som også kan begrunnes i det såkalte bevissikringshensynet.¹⁰⁵ I likhet med diskrimineringssaker, vil det også i saker tilknyttet det psykososiale arbeidsmiljø være arbeidsgiver som har tatt beslutningene. Arbeidsgiver har flest ressurser og muligheter til å fremskaffe informasjon og opplysninger. De er derfor nærmest til å sikre bevis. Det kan begrunnes ved at den som påstås å ha ansvaret for å ha mobbet en arbeidstaker ut av bedriften er den som vil sitte med mest informasjon og dermed er nærmest til å sikre bevis.¹⁰⁶ En uriktig dom vil jevnt over ramme arbeidstakeren hardere enn arbeidsgiver, begrunnet i de personlige og økonomiske konsekvenser en slik oppsigelse eller avskjed kan medføre¹⁰⁷.

Det kan hevdes at arbeidsgiver ikke alltid vil ha lett for å se hva en konflikt i realiteten består i, særlig ved unnlatelser og ordrenekt. Det er heller ikke enkelt å skille mellom hva som er uskyldig fleiping, og hva som er mobbing og trakassering. Likevel vil arbeidsgiver ved en delt bevisbyrde få en oppfordring til å sikre et system som fanger opp slike konflikter på et tidlig stadium jf. aml. kapitel 4. En delt bevisbyrde kan således føre til et styrket oppsigelsesvern.

Det kan anføres at en slik bevisbyrderregel kombinert med et erstatningsansvar ikke er rettferdig. Det kan føre til at arbeidsgivere får avgjørelser mot seg selv om de ikke er skyld i forholde, noe som kan medføre en uforutsigbar situasjon. Når arbeidsgiver ikke har hatt en ”ond hensikt” kan det også virke stigmatiserende og belastende for bedriftens rykte å få slike avgjørelser mot seg.

¹⁰⁵ Skoghøy(2001) s. 688

¹⁰⁶ Ot.prp. nr 33 (2004-2005)kap.11.8.1

¹⁰⁷ Skoghøy(2001) s. 684

Dette hensynet må imidlertid veies opp mot hensynet til de muligheter en arbeidstaker bør ha til å prøvet saken sin. En uriktig oppsigelse og avskjed vil ramme arbeidstakeren hardt ved at det kan være vanskelig å komme inn på arbeidsmarkedet igjen. Ved avskjed mister man også lønn på dagen. Dersom arbeidsgiver har oppfylt sine plikter etter loven vil de få sjansen til å motbevise dette med å fremlegge bevis. Arbeidstaker har fremdeles bevisføringsrisikoen ved at vedkommende må fremlegge en presumsjon for at det reelle grunnlag for oppsigelsen eller avskjeden er psykososiale forhold. ”Grunn til å tro” angir bare en lempelig standar enn det som ellers følger av overvektsprinsippet. Dersom arbeidsgiver kan dokumentere at de har fulgt opp de plikter de har etter aml. kapitel 4 om fullt forsvarlig arbeidsmiljø kan det motbevises med vanlig sannsynlighetsovervekt.

Fordi en regel om delt bevisbyrde innebærer ikke en endring i hovedregelen om sannsynlighetsovervekt for arbeidsgiver¹⁰⁸ blir både arbeidsgivers og arbeidstakers interesser være ivaretatt med en slik regel. En delt bevisbyrde kan medføre at arbeidsgiver, bevisst eller ubevisst, ikke vil spekulere i en usikker bevissituasjon. Det at bevisstyrken ikke økes gjør at det i realiteten ikke er en store forskjeller fra de alminnelige sivilrettslige regler. Også i andre saker vil motparten måtte fremlegge motbevis for å ivareta egne interesser. Tilgangen for arbeidstaker å kunne fremme saken sin blir imidlertid bedre, og således effektiviseres reglene om det psykososiale arbeidsmiljø. Regelen blir et incitament for begge parter til å få saken best mulig opplyst.

I forarbeidene¹⁰⁹ ble det anført at en delt bevisbyrde på dette området ikke ansett hensiktsmessig fordi reglene var av offentlig rettslig art. Det kan være fordi brudd på reglene også kan sanksjoneres av Arbeidstilsynet, noe som kan øke konfliktnivået i virksomheten. Det er likevel innført en delt bevisbyrde i varslingsaker. Disse reglene er også av offentligrettslig art. Man kan reise spørsmålet hvorfor man skal ha en slik bevisbyrderregel for varsling, og ellers i diskrimineringslovgivningen, og ikke ved

¹⁰⁸ Ot.prp. nr 33 (2004-2005)kap.11.8.1

¹⁰⁹ Ot.prp. nr.49(2004-2005) s.99

psykososiale forhold. Rettstekniske hensyn kan tale for at en slik regel bør gjelde også for psykososiale forhold. Slik som regelverket er nå vil det avgjørende for bevisbyrdespørsmålet være *hvorfor* man trakasseres eller mobbes. I oppsigelsessak som er begrunnet i en varsling gjelder det en delt bevisbyrde, men ikke der grunnlaget er andre psykososiale forhold. Når det også er oppstilt et slikt beviskrav i diskrimineringslovgivningen taler gode grunner for å ha tilsvarende bevisbyrdebetraktninger også ellers hvor det er tatt utenforliggende hensyn.¹¹⁰ Etter min mening er denne forskjellen i regelverket rettsikkerhetsmessig betenkelig. Det er heller ikke i tråd med utviklingen i EU-retten som vi er forpliktet av.

Det kan reises spørsmål om saker som vedrører det psykososiale arbeidsmiljøet er av en slik art som gjør at en delt bevisbyrde ikke vil være hensiktsmessig. Saker som vedrører det psykososiale arbeidsmiljø kan være innfløkte og kanskje mer kompliserte enn andre diskrimineringssaker. De reelle forhold bak en oppsigelse som er knyttet til for eksempel en ordrenekt er ikke lett å bevise. Disse særlige forhold vil imidlertid også kunne gjøres gjeldende i andre diskrimineringssaker da arbeidstaker kan ha vanskelig for å føre tilstrekkelig bevis for sammenhengen mellom grunnlaget og diskrimineringen. Etter mitt skjønn er det bare oppsigelsesgrunnlaget som skiller sakene, det er like vanskelig å nå frem i sakene. Det taler etter mitt skjønn for å innføre en delt bevisbyrde også i opphørssaker som vedrører psykososiale forhold.

Likt som etter bevissikringshensynet, kan det trolig også være et oppdragende moment at arbeidsgiver etter rettspraksis¹¹¹ kan bli erstatningsansvarlig for mobbing forekommet av andre ansatte på arbeidsplassen, jf skl. §2-1. At arbeidsgiver kan pålegges et erstatningsansvar for brudd på det psykososiale arbeidsmiljøet kan bidra til at de vil oppfylle sine plikter etter loven bedre. Således vil en delt bevisbyrde kombinert med et erstatningsansvar være en prevensjon mot brudd på reglene.

¹¹⁰ Arbeidsrett.no s.857

¹¹¹ Rt-1997-786

4.7.1 Oppsummering

Som en oppsummering taler hensynet til effektivt regelverk på det psykososiale området, styrkeforholdet mellom partene og adgang til reell prøving av saksforholdet for at man i slike opphørssaker bør operere med en delt bevisbyrde. Det kan medføre at flere arbeidstakere tør "å ta opp kampen" med arbeidsgiver, og får muligheter til å nå frem med sine påstander, noe som dessverre ikke alltid blir gjort. Det er visse betenkeligheter ved å påføre arbeidsgiver en slik bevisbyrde. Likevel er det etter mitt skjønn i en avveining mellom arbeidsgivers og arbeidstakers interesser viktigere å styrke de ansattes vern i disse sakene. Det kan også begrunnes i at arbeidstaker skal vernes da arbeidsmiljølovens formål er "å trygge ansettelsesforhold" jf §1-1b) En delt bevisbyrde på området er også i samsvar med plan for forebygging og håndtering av mobbing i arbeidslivet som ble lagt fram av regjeringen 14.desember 2004. Det overordnede mål var er å hindre at folk støtes ut av arbeidslivet. En delt bevisbyrde vil etter min mening være den bevisreglen som medvirker til at dette formålet best mulig realiseres.

5 Etterfølgende bemerkninger

Oppsigelses- og avskjedssaker grunnet straffbare og psykososiale forhold har enkelte likhetstrekk. Begge forhold kan føles stigmatiserende og moralsk belastende for arbeidstaker. Men til forskjell fra de straffbare tilfellene, er det et problem i de psykososiale sakene at arbeidstaker *i utgangspunktet* har vanskelig med å fremme sine påstander. Derfor vil det kanskje i slike saker være mer effektivt med en deling av bevisbyrden, i stedet for en økning i bevisstyrken.

I opphørssaker som vedrører psykososiale forhold er det arbeidstaker som må hevde at arbeidsgiver har brutt sine plikter etter loven, og at oppsigelsen eller avskjeden derfor er urettmessig. I opphørssaker vedrørende straffbare forhold er det arbeidsgiver som må bevise at arbeidstaker har utøvd straffbare forhold, og at oppsigelsen eller avskjeden er rettmessig. Angrepsvinklene i sakstypene er således forskjellig.

I oppsigelse - og avskjedssaker som vedrører psykososiale forhold er det sentralt at det finnes regler som pålegger arbeidsgiver plikter for å ivareta arbeidsmiljøet jf aml. §§4-3, 3-1. Det vil bli lagt vekt på om det finnes rutiner på arbeidsplassen for å løse slike konflikter i de materielle vurderinger foretas. Man ser imidlertid at straffbare forhold og psykososiale forhold kan gli over i hverandre. I praksis kan det tenkes at det blir gitt en avskjed eller oppsigelse på grunn av straffbare forhold, som i realiteten er en motreaksjon på et dårlig arbeidsmiljø, jf aml. §3-4. Hvis dette har vært tatt opp, og arbeidsgiver ikke har håndtert problemet, kan det foreligge brudd på arbeidsgivers plikter om et fullt forsvarlig arbeidsmiljø, jf aml. §4-1, 4-3. Dette kan påvirke bevisvurderingen slik at avgjørelsen settes til side. Man ser derfor at reglene om fullt forsvarlig arbeidsmiljø kan påvirke arbeidstakers stillingsvern, også i de straffbare tilfellene.

6 Litteraturliste

Litteratur

- Augdahl, Odin, *Om bevisbyrden i tvistemål* (Oslo 1961)
- Boe, Erik, *Innføring i juss* (Oslo 1996)
- Dege, Jan Tormod, *Arbeidsgivers styringsrett* bind I (Oslo 1997)
- Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære* (Oslo 1971)
- Eckhoff, Torstein, *Tvilsrisikoen* (Oslo 1943)
- Ekelöf, Per Olof, *Rättergang 4* (Uppsala 1992)
- Fanebust, Arne, *Oppsigelse i arbeidsforhold* (Oslo 2001)
- Arbeidsmiljøloven*, Kommentarutgave, Fougner. 9.utg. (Oslo 2006)
- Gomard, Bernhard, *Civilprocessen* (København 2000)
- Hagstrøm, Viggo, *Obligasjonsrett* (Oslo 2002)
- Hov, Jo, *Rettergang I* (Oslo 1999)
- Jakhelln, Henning, *Oversikt over arbeidsretten* (Oslo 2006)
- Arbeidsrett.no*. Redigert av Henning Jakhelln og Helga Aune (Oslo 2006)
- Møse, Erik, *Menneskerettigheter* (Oslo 2002)
- Pedersen, Harald, *Arbeidsmiljøloven § 12 og psykososialt arbeidsmiljø*(Oslo 2002)
- Schei, Tore, *Tvistemålsloven* bind 2 (Oslo 1998)
- Skoghøy, Jens Edvin A., *Tvistemål* (Oslo 2001)
- Arbeidslivets spilleregler*. Storeng. (Oslo 2003)
- Strandbakken, Asbjørn, *Uskyldspresumsjonen* (Bergen 2003)

Dommer

Høyesterett

Rt.2004.1844

Rt.2001.956

Rt.1999.1473

Rt.1999.1363

Rt.1997.786

Rt.1993.616

Rt.1992.64

Rt.1990.688

Rt.1990.1058

Rt.1985.211

Rt.1959.900

Lagmannsrett

LB.2005.61697

LG.2005.122048

LB.2003.10506

LB.2003.14796

RG.2003.1588

LB.2001.283

LG.2001.696

Lover

Lov 2005-06-10 nr. 40 Lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion m.v. (diskrimineringsloven)

Lov 2005-06-17 nr. 62 Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern m.v. (arbeidsmiljøloven)

Lov 1999-05-21 nr. 30 Lov om styrking av menneskerettighetene i norsk rett (menneskerettsloven)

Lov 1983-03-04 nr. 3 Lov om statens tjenestemenn m.v. (tjenestemannsloven)

Lov 1967-02-10 nr. Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)

Lov 1978-06-09 nr. 45 Lov om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven)

Lov 1977-02-04 nr. 4 Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (opphevet)

Lov 1989-06-16 nr.69 Lov om forsikringsavtaler (forsikringsavtaleloven)

Lov 1981-05-22 nr.25 Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven)

Lov 1969-06-13 nr. 26 Lov om skadeerstatning (skadeerstatningsloven)

Lov 1915-08-13 nr. 6 Lov om rettergangsmåten for tvistemål(tvistemålsloven)

Lov 1902-05-22 nr. 10 Straffeloven

Forarbeider

Ot.prp. nr. 3 (1975-76) Om lov om arbeidervern og arbeidsmiljølov m.v.

Ot.prp. nr. 41(1975-76) Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m.v. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø

Ot.prp. nr. 49(2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern m.v.

Ot.prp. nr. 104(2002-2003) Om lov om endringer I lov 4.februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.(likebehandling i arbeidslivet)

Ot.prp. nr. 34(2000-2001) Om lov om endringer I lov 4.februar 1977 nr.4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.(likebehandling i arbeidslivet)

Ot.prp. nr. 77(2000-2001) Om lov om endringer i Likestillingsloven m.v. (plikt til å arbeide for likestilling, skjerping av forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av kjønn, forbud mot seksuell trakassering)
(likestillingsloven)

Ot.prp. nr. 33(2004-2005) Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion m.v.(diskrimineringsloven)

Forskrifter

1996 Forskrift 12.juni.1996 nr.1127 om systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid i virksomheter(Internkontrollforskriften)

EF- og EØS-rettslige kilder

Rådsdirektiv 2000/80/EF om provstyngsla i samband med skilnadshandsaming på grunnlag av kjønn – bevisbyrdedirektivet.

Europarådets konvensjon av 4.11.1950 om beskyttelse av menneskerettighetne og de grunnleggende friheter (EMK)

Nettdokument

Einarsen (2005) Einarsen, Ståle. *Mobbing i arbeidslivet*. Oslo 2005.

<http://www.jobbingutenmobbing.no>

Avisartikkel

Ler Nilsen, Kristin. *Mer jobbing uten mobbing*. I: Hk-nytt, fagblad for handel og kontor nr.9.2006